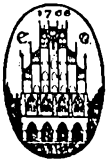
Rechtsscheinsforschungen

von **Dr. Hubert Naendrup**, a. o. Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.

Heft 2.

Die Gewere-Theorien.



Münster (Westfalen) 1910. Verlag der Universitäts-Buchhandlung Franz Coppenrath.

Inhalt.

Seite

§ 1.

Dogmengeschichte . . . . . 1—37

§ 2.

Dogmensystematik . . . . . 37—39

§ 3.

Dogmenkritik . . . . . 39—72

§ 4.

Eine neue Theorie . . . . . 72—84

§ 1.

Dogmengeschichte.

Bis ins 19. Jahrhundert hinein begnügte man sich damit, die Gewere der römischen possessio an die Seite zu stellen.[1]) Dabei räumte man ein, daß Gewere nicht bloß possessio civilis, Besitz, vielmehr besonders häufig auch possessio naturalis, Detention, bedeute.[2])

Gleichwohl war schon lange eines Gewerefalles Erwähnung geschehen, in welchem weder von Besitz im romanistischen Sinne, noch von Detention die Rede sein konnte. Es handelte sich um eine Gewere ohne alle körperliche Sachherrschaft, um die nach dem Satze: „Der Tote erbt den Lebendigen" unmittelbar mit dem Tode des Erblassers unabhängig von einer Besitzergreifung eintretende Gewere des Erben.[3]) Einen abwandelnden Einfluß hatte dieser Fall auf die Theorie der Gleichstellung von Gewere und possessio nicht zu gewinnen vermocht.

Anders wurde es, als weitere Fälle einer Gewere ohne körperliche Sachgewalt in der Litteratur auftauchten. Eichhorn hob (1823) zwei neue Gruppen solcher Gewerefälle hervor, einerseits die Eigengewere, welche neben der Gewere eines zeitweilig zur Inhabung und Nutzung Berechtigten (Leibzüchters, Vormundes, Vasallen) bestand, sowie die Gewere des landrechtlichen Eigentümers (Obereigentümers), die neben der Gewere des hofrechtlichen Eigentümers (Untereigentümers) vorhanden

---

[1]) Vgl. Heineccius, Elementa Juris Germanici, Halle 1736, lib. II § 367, Mittermaier in den beiden ersten Ausgaben seiner „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts" § 136 Anm. 4, Vollgraff im Archiv f. civ. Praxis Bd. 9 (1826), Beilageheft S. 40 u. 49. Vgl. auch Cropp in Hudtwalcker und Trummers Kriminalistischen Beiträgen Bd. 2 S. 14 f, Albrecht, Gewere S. IV.

[2]) Vgl. Heineccius u. Cropp a. a. O.

[3]) Heineccius a. a. O. § 296.

war,[1]) anderseits die Gewere dessen, dem ein Gut gerichtlich aufgelassen war, ohne daß er schon die faktische Gewalt darüber erlangt hatte.[2]) Sodann wies Vollgraff (1826) auf die durch gerichtliches Erkenntnis ohne Besitzübergabe begründete Gewere hin[3]) und Mittermaier deutete (1827) die trotz der Dejektion fortbestehende Gewere des „mit Gewalt Vertriebenen" an.[4])

Je mehr diese Fälle ins Bewußtsein traten, um so mehr mußten sie bei der durch Savigny zur Herrschaft gelangten Auffassung, daß die römische possessio ein faktisches Herrschaftsverhältnis sei,[5]) zu einer Revision der Theorie drängen, welche Gewere und possessio als dasselbe ansah, mußten sie eine Suche nach einem selbständigen deutschen Gewerebegriff veranlassen. Hierbei galt es in der Hauptsache drei Arten der Gewere zu vereinigen, Gewere als bloße faktische Sachgewalt (z. B. die Gewere des Dejizienten), Gewere als tatsächliche Sachgewalt verbunden mit dem Recht auf diese Gewalt (z. B. die Gewere des besitzenden Eigentümers) und Gewere ohne reale Sachgewalt. (Man denke an irgend einen der vorhin genannten Fälle.)

Den ersten erwähnenswerten Versuch, der einigermaßen einer theoretischen Zusammenfassung dieser drei Arten vorarbeitete, machte Eichhorn. Er schied allerdings die Gewere im weiteren Sinne und die Gewere im technischen (eigentlichen) Sinne. Als Gewere im weiteren Sinne bezeichnete er die faktische Möglichkeit, über eine Sache zu verfügen, also die erste der genannten drei Gewerearten. Die beiden anderen Arten, soweit er sie im Auge hatte, teilte er[6]) der Gewere im technischen Sinne zu.[7]) Ein gemeinsames Begriffsmerkmal der Gewere im weiteren und

---

[1]) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1823, S. 395 ff.
[2]) Ebenda S. 450 ff. [3]) Arch. f. d. civ. Praxis Bd. IX. 51.
[4]) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. Ausg., 1827, S. 264, vor A. 9.
[5]) Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, 1848, S. 409 ff.
[6]) In einer übrigens nicht sehr klaren Darstellung.
[7]) A. a. O. S. 395 ff.

im technischen Sinne wußte er nun freilich nicht anzugeben. Indes glaubte er ein solches für die beiden Arten der Gewere im technischen Sinne gefunden zu haben. Er sah es in dem Rechte auf den vom Richter gegen jeden Dritten zu gewährenden Schutz. Den Schutz stellte er geradezu als Wortbedeutung von Gewere hin und das Recht auf Schutz durch den Richter brachte er in Parallele mit dem Recht auf Schutz durch einen Dritten, Geweren, auctor.[1]) Das letztere Recht, das Recht des Erwerbers einer Sache auf Gewährleistung bezeichnete er als ein Recht auf Vertretung, und zwar auf Vertretung der Person des Erwerbers durch den Gewährsmann.[2]) Indem er aber ein derartiges Recht auf Vertretung neben das Recht auf Schutz durch den Richter gestellt hatte, wurde ihm auch dieses Recht zu einem Recht auf Vertretung. Gegenstand der Vertretung konnte dabei freilich nicht mehr eine Person sondern nur noch die Sache sein. Und Eichhorn spricht denn alsbald auch von einem Rechte zur Vertretung des Grund und Bodens im Gerichte.[3])

Eichhorns somit hinlänglich hervortretende Ansicht, daß die Gewere im technischen Sinne ein Recht auf Schutz oder Vertretung der Sache sei, wurde dann 1826 von Cropp verwertet.[4]) Gleichzeitig diente dieser Schriftsteller ihr dadurch, daß er die im Schutze beruhende Bedeutung von Gewere auf die Were, den umhegten, befriedeten, geschützten Haus- und Hofraum zurückführte.[5]) Nachdem noch Mittermaier 1827[6]), in gar nicht zu verkennender Weise sowohl durch Eichhorn wie durch Cropp beeinflußt, die Gewere einesteils als Gewahrsam[7]),

[1]) S. 395. [2]) S. 451 f. [3]) S. 397.

[4]) In einem Aufsatze über den Diebstahl, a. a. O. (vgl. oben S. 1 Anm. 1.) Hier heißt es auf S. 25: „. . . . von der einen Seite knüpft sich . . . . der Begriff (Gewere) an den Bezirk, der mit dem Namen der Were im engeren oder weiteren Sinne bezeichnet wird, und eine rechtliche Folge davon ist namentlich die, daß nur derjenige die Gewere hat, welcher selbst oder vermittelst seiner Leute sich in der Were befindet und das Gut schützen und vertreten kann."

[5]) S. 16 ff. a. a. O. [6]) A. a. O. S. 264 f.

[7]) Vgl. die Eichhorn'sche Gewere im weiteren Sinne oben S. 2 f.

zum anderen Teile als Recht auf Abwehr fremder Ansprüche, als Recht auf Schutz hingestellt hatte, trat als eigentlicher Aus- und Weiterbildner der Eichhorn'schen Lehre Albrecht hervor,[1]) und zwar in seinem so berühmt gewordenen Werke „Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts" (1828).

Ohne die Cropp'sche Herleitung der Gewere von Were = umhegter Raum zu benützen, sucht Albrecht zunächst die Ansicht zu belegen, daß Gewere schon etymologisch Schutz bedeute. Er beginnt seine Schrift mit dem Satze: „So mannigfaltig auch die Bedeutungen sind, in welchen das Hauptwort Gewere (Gewehre, Were) und das Zeitwort geweren vorkommen, so weisen doch alle auf eine gemeinsame Grundidee zurück, nämlich auf die des Schutzes, der Verteidigung, Sicherung." Dieses glaubt er durch zwei Klassen von Worten dartun zu können. Die einen hätten faktischen, die anderen juristischen Sinn. Zu den ersteren gehörten z. B. wehren = verteidigen und Wehre = Waffe. Als beweiskräftige Worte juristischen Sinnes erwähnt er geweren = die Gewere versprechen = die Verteidigung der Sache gegen die Ansprüche dritter zusagen, Gewere = Bürgschaft = Sicherheitsleistung, Gewer der Klage = Kaution = Sicherheitsleistung, geweren auf den heiligen (beweisen) = versichern, weren = bare Zahlung leisten = sicherstellen u. a.![2])

Mit der so belegten Grundbedeutung der Gewere = Schutz trat Albrecht an die drei Gewerearten heran, auf deren begriffliche Vereinigung das Gewereproblem hinauslief.[3]) Gewere beruht im Schutze der Sache, so lautete ihm die Lösung dieses Problems. Der Schutz der Sache war ihm aber identisch mit einer Vertretung der Sache.[4]) Also offenbare Beeinflussung

[1]) Durchaus irrig ist es aber, wenn man sich allgemein daran gewöhnt hat, zu glauben, daß die Ansicht Albrechts, die Gewere sei ein Recht zur Vertretung der Sache, ganz originell gewesen sei. Man sollte sagen, daß eine Dogmengeschichte, die diesen Irrtum aufdeckt, schon hierdurch den Beweis ihrer Berechtigung erbracht hätte. Oder ist die Beseitigung einer festgewurzelten falschen Meinung etwa auf dogmengeschichtlichen Gebiete weniger verdienstlich als in irgend einem anderen Bereiche der Wissenschaft?

[2]) S. 1 ff. [3]) Vgl. oben S. 2, Albrecht, a. a. O. S. 2 f. in Verbindung mit S. 7 u. 125. [4]) S. 10 f.

durch Eichhorn. Während aber Eichhorn nur die unter seiner Kategorie „Gewere im technischen Sinne" vereinigten beiden Gewerearten, die Gewere als tatsächliche Sachgewalt verbunden mit dem Rechte auf diese Gewalt und die Gewere ohne reale Sachgewalt, als Rechte zum Schutze, zur Vertretung der Sache aufgefaßt hatte, dehnte Albrecht diesen Begriff, offenbar im Streben nach einer konsequenteren Theorie, auch auf die von Eichhorn als Gewere im weiteren Sinne bezeichnete bloße faktische Sachgewalt aus.[1]) So gelangte er zu einer Neueinteilung des Gewerebegriffs. Er unterschied Gewere mit und ohne tatsächliche Sachherrschaft, faktische und juristische Gewere.[2])

Die faktische Gewere nennt er auch Besitz, darunter die Detention mitverstehend.[3]) Daß nun dieser Besitz, einerlei ob er mit einem Recht zur Sachherrschaft verbunden ist oder nicht, ob er rechtmäßig oder unrechtmäßig ist, ein Recht auf Schutz, ein Recht zur Vertretung der Sache darstellt, erklärt Albrecht folgendermaßen: Der Besitz habe zwei Seiten, eine innere und eine äußere. Die innere, der Sache selbst zugekehrte Seite bestehe in der Fähigkeit mit der Sache beliebig zu schalten und zu walten. Diese rein faktische Seite scheide bei dem Rechtsbegriff der Gewere aus. Die äußere Seite sei die Fähigkeit, die Sache der willkürlichen Einwirkung dritter zu entziehen. Hier sei der Besitz nicht bloß Faktum, sondern auch Recht. Letzteres beruhe in der Befugnis, die Einwirkung anderer auf die Sache außergerichtlich durch Selbsthülfe zu hintertreiben und vor Gericht in der Beklagtenrolle „vom Ausgange eines Prozesses abhängig zu machen". Diese juristische Bedeutung der äußeren Seite des Besitzes sei es nun gewesen, die das deutsche Recht bei dem Begriffe des Besitzes aufgefaßt und auf die sich die Bezeichnung desselben mit dem Worte Gewere gegründet habe.[4]) So habe das deutsche Recht im Besitze als der faktischen Gewere ein Recht zum Schutze, zur Vertretung der Sache erblickt, und zwar ein zu Devensivzwecken gegebenes Recht. Die faktische

[1]) S. S. 7, 125. [2]) Vgl. S. 14 ff, 31 ff. 124 f. [3]) S. 7. [4]) S. 9 f.

Gewere könne darum auch als defensive Gewere bezeichnet werden.[1])

Als ein durchaus zu ihr passendes Gegenstück konstruiert Albrecht die juristische Gewere. Auch mit Bezug auf diese läßt er den Gedanken an eine innere und äußere Seite durchblicken. Die innere Seite ist das subjektive, „mit einem bestimmten inneren Charakter begabte“[2]) Sachenrecht. Zu ihm tritt als etwas Anderes,[3]) als äußere Seite die juristische Gewere hinzu, die in ihren verschiedenen Fällen entweder als Fortsetzung oder als Antizipierung der faktischen Gewere betrachtet wird[4]) und wie diese in einer auf außergerichtlichem oder auf gerichtlichem Wege geltend zu machenden Befugnis besteht, nämlich in dem Rechte durch Selbsthülfe sich der Sache zu unterwinden oder in dem Rechte der dinglichen Klage. So ist auch die juristische Gewere allemal ein Recht zur Vertretung der Sache,[5]) nur nicht wie die faktische Gewere, defensiver, sondern offensiver Natur.[6])

An Fällen der juristischen Gewere stellt Albrecht in einer Art von Hauptkatalog zunächst folgende schon von seinen Vorgängern zutage geförderten zusammen: die Gewere des unfreiwillig Entwerten[7]) die Gewere des Erben sowie die Gewere auf Grund von Urteil oder Auflassung,[8]) Als eine Umkehrung der letzteren Gewere behandelt er die juristische Gewere dessen, der eine unbewegliche Sache durch „simple Tradition“ d. h. durch Uebergabe ohne Auflassung in die Hände eines anderen hat gelangen lassen.[9]) Hierhin rechnet er die neben der Gewere des Verwalters dem Herrn verbleibende Gewere, die Gewere des Vermieters neben der Gewere des Mieters.[10])

Als besondere Fälle der durch Auflassung entstehenden juristischen Gewere findet er die Gewere des Pfandgläubigers bei der neueren Satzung[11]), die Gewere des Rentenkäufers an

---

[1]) S. 29. [2]) S. 25, 98 f. [3]) S. 27. [4]) S. 26. [5]) S. 79. [6]) S. 26—29. [7]) D. h. dessen, der unfreiwillig und ohne Richterspruch die faktische Gewere verloren hat. [8]) S. 23 f. [9]) S. 23 f. [10]) Auch die Gewere des Deponenten von Immobilien neben der Gewere des Depositars u. dergl. vgl. S. 231 f. Alle diese Fälle juristischer Gewere werden von Albrecht übrigens zum ersten Male eingehend belegt und erörtert. S. 31—99. [11]) S. 184

dem mit der Rente belasteten Grundstück,[1]) die durch Erbvertrag schon zu Lebzeiten des Erblassers begründete Gewere des vertragsmäßigen Erben,[2]) die bei einer auf den Todesfall bestellten Leibzucht bereits zu Lebzeiten des Bestellers vorhandene Gewere des Leibzüchters.[3])

Auch der Kreis der juristischen Eigengewere, welche neben der Gewere eines zeitweilig zur Inhabung bezw. Nutzung Berechtigten besteht, wurde von Albrecht bereichert. Eichhorn hatte hierin gestellt die neben der faktischen Gewere des Leibzüchters, Vormundes oder Vasallen vorhandene Eigengewere. Albrecht wiederholt die ersten beiden Fälle.[4]) Als juristische Eigengewere neben der Gewere des Vormundes behandelt er namentlich die Eigengewere, welche der Ehefrau bei der ehemännlichen Gewere zu rechter Vormundschaft zukommt.[5]) Auch in allen auf Immobilien bezüglichen Treuhandverhältnissen erkennt er dem eigentlich Berechtigten eine juristische Gewere neben der faktischen Gewere des Treuhänders zu.[6]) Eine juristische Eigengewere gibt er ferner dem Schuldner, der bei der älteren Satzung seine Sache in die faktische Gewere des Gläubigers getan hat[7]) und analog dem Schuldner, dessen Sache durch Beschlagnahme im Wege des Arrestes in eine fremde faktische Gewere gebracht ist.[8]) Schließlich folgt er Eichhorn in der Anerkennung der juristischen Gewere des Obereigentümers, wie sie neben jeglicher

---

[1]) S. 157. f. Albrecht glaubt nämlich, daß der Rentenkäufer nicht bloß an dem Rentenrecht, sondern auch an der damit belasteten Sache eine Gewere habe. S. 158 ff, 171. [2]) S. 188 f, 190. [3]) S. 223 f.

[4]) S. S. 224, 229, 231, 257 ff. Auf S. 231 f. in Anm. 619 spricht Albrecht zwar dem Altersvormund, wenigstens des späteren Rechts, in Ermangelung einer eigenen Nutzungsbefugnis an den Gütern des Minderjährigen eine eigene selbstständige Gewere, ja überhaupt eine Gewere ab. Solche habe als Gewere zu rechter Vormundschaft nur der Ehemann am Vermögen seiner Frau gehabt, da ihm selbständige Nutzungs- und Dispositionsrechte daran zugekommen seien. Aber hier ist Albrecht seinem Begriffe der faktischen Gewere, der ja auch die bloße Detention umfaßt, nicht treu geblieben.

[5]) S. S. 257 ff., 259, 267, 271. [6]) Vgl. SS. 231 ff. in Verb. mit S. 126. [7]) S. 144 f. [8]) S. 141, 139 f.

„faktischen Gewere“ (neben „allen Besitzrechten“) nach Lehn- und Hofrecht[1]) bestehen kann.[2])

Albrecht stellt zum ersten Mal die Frage, ob eine juristische Gewere auch an fahrender Habe möglich gewesen sei. Allemal läßt er die an Liegenschaften bestehende juristische Gewere die auf ihnen befindliche Fahrnis mit ergreifen.[3]) In zwei Fällen findet er eine juristische Gewere an Fahrhabe als mitenthalten in der Gewere an einem ganzen, Immobilien und Mobilien umfassenden Vermögen. Es handelt sich hier um die Gewere des Erben[4]) und um die Gewere des Pfandgläubigers bei der jüngeren Satzung im Falle der Verpfändung eines ganzen Vermögens.[5]) Ferner läßt er an Fahrnis Platz greifen die Gewere des Dejektus (des unfreiwillig Entwerten) und die Urteilsgewere.[6]) Als einen unzweifelhaften Fall juristischer Gewere an Mobilien bezeichnet er schließlich die Eigengewere der Frau an ihrer der faktischen ehemännlichen Gewere zu rechter Vormundschaft unterworfenen Fahrnis.[7]) Vielleicht könne auch im Falle der Beschlagnahme von Fahrnis im Wege des Arrestes dem Schuldner eine juristische Fahrnisgewere verbleiben.[8])

Im Rahmen der letzten beiden Fälle hält er es für möglich, daß faktische und juristische Gewere an Fahrnis im Verhältnis gegenseitiger Anerkennung zu einander stehen, auf ein Nebeneinanderbestehen angelegt sind.[9]) Er unterscheidet nämlich dieses Verhältnis gegenseitiger Anerkennung, dieses Nebeneinander und ein feindliches Verhältnis gleichzeitig an derselben Sache bestehender faktischer und juristischer Gewere.[10]) Während nun an Fahrhabe jenes friedliche Verhältnis der beiden Gewereen nur im Bereich der genannten beiden Fälle möglich sei, gebe es bei Immobilien eine ganze Anzahl von Fällen solchen Nebeneinanders. Sie decken sich mit den Fällen der „simpelen

[1]) S. 74 f. [2]) Die Gewere zu Lehn- und Hofrecht hat er aber in einem besonderen Kapitel (Kap. II des besonderen Teiles S. 278 ff.) zusammengefaßt und der Gewere im Gebiete des Landrechts (Kap. I des bes. Teils S. 180 ff.) gegenübergestellt. [3]) S. 19 ff, 79. [4]) Vgl. S. 24, S. 218 ff. bes. 220 ff. [5]) S. 155 ff. in Verb. mit S. 220 bei Anm. 575. [6]) S. 23 f. [7]) S. 126 A. 270 g. [8]) Ebenda. [9]) Ebenda. [10]) S. 126 f.

Tradition", [1]) mit den besonderen Fällen der durch Auflassung entstehenden juristischen Gewere, [1]) sowie mit den Fällen der juristischen Eigengewere, welche neben der Gewere eines zeitweilig zur Inhabung bezw. Nutzung Berechtigten vorhanden ist. [2])

Manche von den Rechtsverhältnissen, die somit nach der Ansicht Albrechts im Liegenschaftsrecht ein Nebeneinander juristischer und faktischer Gewere mit sich bringen, können an sich auch mit Bezug auf Fahrnis bestehen. An letzterer können ferner namentlich die im älteren deutschen Liegenschaftsrecht zurücktretenden Rechtsverhältnisse zwischen Deponenten und Depositar sowie zwischen Kommodanten und Kommodatar als Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer und einem zeitweilig zur Inhabung bezw. auch zur Nutzung Berechtigten Platz greifen. In allen solchen Fahrnisrechtsverhältnissen, abgesehen von den oben S. 8 genannten beiden Ausnahmefällen [3]), will aber Albrecht demjenigen Teil, welcher, wenn es sich um entsprechende liegenschaftliche Verhältnisse handeln würde, die juristische Gewere hätte, dieselbe versagen. Er spricht also namentlich demjenigen, der seine bewegliche Sache einem anderen auf Zeit anvertraut, die juristische Gewere ab. Daraus folgert er, daß der genannte Teil, insbesondere der Anvertrauende z. B. der Kommodant, wenn

---

[1]) Vgl. oben S. 6.

[2]) Vgl. oben S. 6 f. Abgesehen von den Fällen der „simpelen Tradition" erörtert Albrecht sie im besonderen Teile seines Werkes. (S. 126.) Er findet sie hier der Reihe nach in den Rechtsverhältnissen des Pfandrechts, in den durch Rentenkauf, Erbvertrag, Leibgeding begründeten Rechtsverhältnissen, in den Treuhandsverhältnissen und bei der Gewere zu rechter Vormundschaft, anderseits im Bereich des Lehen- und Hofrechts, insofern hier neben der juristischen Gewere des Obereigentümers die faktische Gewere des Untereigentümers stehe (S. 130—316). Dazu treten dann die beiden im allgemeinen Teile behandelten Fälle, in welchen infolge simpeler Tradition von Immobilien juristische und faktische Gewere nebeneinander bestehen, also die juristische Gewere des Herrn neben der faktischen Gewere des Verwalters und die juristische Gewere des Vermieters neben der faktischen Gewere des Mieters. Das Verhältnis zwischen Verpächter und Pächter hat Albrecht schwerlich anders behandeln wollen.

[3]) Juristische Gewere der Frau neben faktischer Gewere des Ehemannes zu rechter Vormundschaft, juristische Gewere des Schuldners an seiner in Beschlag genommenen Fahrnis. (Vgl. S. 126 A. 270 g.)

die Zeit, für welche er die faktische Fahrnisgewere des anderen, insbesondere des Treuhänders, z. B. des Kommodatars, anerkennen mußte, abgelaufen ist, nur gegen diesen Inhaber der faktischen Gewere einen Anspruch und zwar bloß einen persönlichen Anspruch hat.[1]) Eine dingliche Klage könne er deswegen nicht haben, weil Gewere, Recht zur Vertretung der Sache und Dinglichkeit alles dasselbe sei. Gewere sei nämlich dasjenige, was „einem Verhältnisse der Person zur Sache . . . dingliche Wirksamkeit d. h. eine dingliche Klage oder Sicherheit gegen die dingliche Klage eines andern" gebe.[2]) Bei dieser Alternative hat Albrecht den Gegensatz von juristischer und faktischer Gewere im Sinn. Seinen ursprünglichen Begriff der faktischen Gewere, der auch die Detention umfaßt, hat er damit freilich aufgegeben.[3]) Denn diese steht einer dinglichen Klage im Sinne der ebengenannten Alternative immer gegenüber, ohne doch bei begründeter dinglicher Klage Sicherheit dagegen verleihen zu können.

Indem nun die Inhaber subjektiver materieller Sachenrechte wenigstens im Bereich des Fahrnisrechts, (z. B. der Fahrniseigentümer als Kommodant), zur Durchführung ihrer Rechte der dinglichen Klage, der juristischen Gewere entbehren müßten, so ergebe sich, daß die Gewere, die Dinglichkeit unabhängig und verschieden von den materiellen Sachenrechten als etwas Formales nach eigenen Regeln im Gebiete des Sachenrechts verteilt sei.[4])

Wenn Albrecht dingliche Klage und juristische Gewere gleichstellt, so meint er damit natürlich diejenige juristische Gewere, die zu einer faktischen Gewere in einem feindlichen Verhältnis steht. Eine solche juristische Gewere kann aber nicht bloß bei Immobilien vorkommen,[5]) sei es daß ein ursprüngliches Verhältnis gegenseitiger Anerkennung der beiden Gewerен in ein feindliches sich gewandelt hat, sei es daß ein Verhältnis letzterer

---

[1]) Vgl. S. 126 A. 270 h. [2]) S. 125. [3]) Vgl. auch S. 126, bes. A. 270 h. [4]) Vgl. S. 125 auch S. 98. [5]) Vgl. S. 96 ff.

Art von vornherein bestand. Vielmehr begegnet nach der Ansicht Albrechts ein von Anfang an feindliches Gegenüberstehen juristischer und faktischer Gewere und damit die Möglichkeit der dinglichen Klage auch bei Fahrhabe. Als juristische Fahrnisgewere, die zu einer faktischen Gewere von vornherein in feindlichem Verhältnis stehen kann, behandelt Albrecht die Gewere des unfreiwillig Entwerten und die Erbengewere. Die dingliche Klage, welche er in diesen Fällen dem Inhaber der juristischen Fahrnisgewere gibt, ist die Anefangsklage.[1])

Das war in großen Zügen die Theorie Albrechts. Gegenüber der früheren Lehre ein erheblicher Fortschritt! Wohl hatte Albrecht seinen Grundbegriff, Gewere = Recht zur Vertretung der Sache, von Eichhorn übernommen, wohl hatte er an seiner selbständigen Ausdehnung dieses Begriffes auf den Bereich der Detention nicht konsequent festgehalten, wohl war seine infolgedessen nicht mehr ganz restlos aufgehende Einteilung der Gewere in faktische und juristische Gewere bereits durch die beiden Arten der Eichhorn'schen Gewere im technischen Sinne einigermaßen vorbereitet. Trotzdem blieb der Fortschritt ein außerordentlicher. Er beruhte vorzugsweise in der Gleichstellung der Gewere mit der Dinglichkeit, in der bestimmten Hervorhebung der beiden Kategorien faktische und juristische Gewere, sowie in dem Aufbau des ganzen Sachenrechts auf den Begriff der Gewere überhaupt[2]) und auf faktische und juristische Gewere

---

[1]) Vgl. S. 81—96. Die in der Erzeugung der dinglichen Klage beruhende Wirkung der einer faktischen Gewere feindlich gegenüberstehenden juristischen Gewere soll aber dadurch aufgehoben werden können, daß die faktische Gewere binnen Jahr und Tag zur rechten Gewere werde. (S. 99—120.) Diese komme zwar eigentlich nur an Immobilien vor. Doch gebe es auch zeitliche Beschränkungen der dinglichen Klage auf Herausgabe von Fahrnis, die sich mit der Wirkung der rechten Gewere an Immobilien vergleichen ließen, möchten sie nun die dingliche Klage ebenfalls an eine Frist von Jahr und Tag oder an eine kürzere Frist binden. (S. 120—124.) Jedenfalls behandelt Albrecht hiernach die rechte Gewere als ein auf der Grundlage faktischer Gewere erwachsendes Institut. Damit steht es freilich im Widerspruch, daß er an anderer Stelle eine rechte Gewere auch aus einer die gehörige Zeit hindurch fortgesetzten juristischen Gewere entspringen lassen will. (S. 80.)

[2]) Hierzu diente der allgemeine Teil von Albrechts Werke.

im besonderen.[1]) So erreichte Albrecht sein Ziel,[2]) der Schöpfer einer dem Romanismus gegenüber selbständigen Theorie des deutschen Sachenrechts zu werden.

Eine Lehre, die einen solchen Bau tragen zu können schien, mußte den Erfolg für sich haben. Über 10 Jahre verflossen, ehe sie ausgesprochene beachtenswerte Gegnerschaft erfuhr. Gaupp war es, der im Jahre 1839 sie zuerst bekämpfte.[3]) Abgesehen davon, daß er der juristischen Gewere, um einer Verwechselung mit dem juristischen Besitze des gemeinen Rechts vorzubeugen, den heute noch üblichen Namen „ideelle Gewere" gab,[4]) verurteilte er namentlich Albrechts Auffassung dieser Gewere als eines vom materiellen dinglichen Rechte verschiedenen dinglichen Klagerechts.[5]) Wenn Albrecht hierfür geltend mache, daß dem Eigentümer, der seine bewegliche Sache einem anderen anvertraut habe, die juristische Gewere und nach dem Satze „Hand wahre Hand" auch die der juristischen Gewere gleichgestellte dingliche Klage fehle,[6]) so halte dieses nicht stand. Jener Eigentümer ermangele nicht der ideellen Gewere an der in die Hand des Treuhänders gegebenen Fahrnis,[7]) da ideelle Gewere eben das materielle dingliche Recht selbst sei.[8]) Freilich habe er keine dingliche Klage.[9]) Aber ideelle Gewere und dingliches Klagerecht seien nicht identisch. Der ideellen Gewere als dem materiellen dinglichen Rechte könne unter Umständen sehr wohl ein dingliches Klagerecht fehlen.[10]) Ein solcher Fall liege vor, wenn der Eigentümer einer beweglichen Sache diese einem anderen anvertraut habe. Dann bestehe neben dem dinglichen Rechtsverhältnisse des Eigentums, neben dem in objektiver Weise die Sache erfassenden Rechte auch ein subjektives Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Treu-

---

[1]) Den letzteren Zweck verfolgt der besondere Teil der Albrecht'schen Schrift.

[2]) Vgl. die Vorrede zu seinem Werke.

[3]) In einem Aufsatze „Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts" in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. I, S. 86 ff.

[4]) S. 102 f. a. a. O. [5]) S. 105 ff. [6]) Vgl. oben S. 9 f. [7]) S. 125. Vgl. aber S. 124 f. u. S. 106. [8]) S. 106 ff. [9]) S. 117 ff. [10]) S. 108.

händer. Insoweit es sich nun um die Grundlegung für die Klage auf Herausgabe der Sache handele, absorbiere das persönliche Rechtsverhältnis als das bei Fahrnis stärkere das dingliche, siege die Subjektivität über die Objektivität.[1])

Indem Gaupp ideelle Gewere und materielles Sachenrecht gleichstellte, erwuchs für ihn das Problem, die Einheit des Gewerebegriffs aufrechtzuerhalten. Klarer als irgend einer vor ihm erkannte er, daß der Gewerebegriff drei Arten umfasse: rechtlose faktische Sachgewalt, tatsächliche Sachgewalt verbunden mit dem materiellen Recht auf diese Gewalt und eine Gewere ohne reale Sachgewalt.[2]) Albrecht hatte die Einheit des diese drei Arten enthaltenden Gewerebegriffs in einem sowohl von der tatsächlichen Sachgewalt als auch von dem materiellen Sachenrecht verschiedenem Dritten gefunden, in dem Recht zur Vertretung der Sache. Wie aber konnte jene Einheit bestehen bei der Gleichstellung der Gewere ohne Sachgewalt mit dem materiellen dinglichen Rechte? Den beiden anderen Arten war gemeinsam die tatsächliche Sachgewalt, um derentwillen sie von Albrecht als faktische Gewere zusammengefaßt waren und von Gaupp nunmehr „reelle Gewere" benannt wurden. Waren nicht diese Gewere als faktische Sachgewalt, dieser Besitz, und die Gewere als materielles dingliches Recht unvereinbare Gegensätze? Albrecht hatte es angenommen.[3]) Gaupp war anderer Meinung, zwar nicht in Ansehung des römischen Rechts,[4]) wohl aber, soweit es sich um das deutsche Recht handelte. Besitz und Recht seien hier nicht scharf getrennt, was noch in der Sprache des täglichen Lebens sich verrate, die Besitzer und Eigentümer nicht unterscheide. Dieses Ineinandergehen von Besitz und Recht habe dazu geführt, beide mit demselben Namen „Gewere" zu belegen.[5]) Von dieser Erkenntnis brauche man sich auch dadurch nicht zurückschrecken zu lassen, daß man mit Albrecht annehme, sie habe für die deutsche Sprache den Vorwurf einer

---

[1]) S. 122—124. [2]) SS. 90, 101 f. [3]) Gewere S. 24 f. [4]) S. 91 f. [5]) S. 23 f.

unbegreiflichen Armut im Gefolge. Die deutsche Sprache drücke vielmehr bei der Zusammenfassung von Besitz und Recht unter dem einen Wort „Gewere" tatsächlich etwas Gemeinsames aus. Weil regelmäßig derjenige die Sache besessen habe, dem auch das Recht auf dieselbe zustand, so sei allmählich umgekehrt auch das Recht ohne Sachgewalt als Besitz aufgefaßt. Auf diese Weise habe sich eine im dinglichen Rechte ausmündende Vergeistigung des Besitzes, der Gewere vollzogen,[1]) und Besitz und Recht, reelle und ideelle Gewere ständen sich hiernach als zwei Seiten desselben Gesamtinstituts gegenüber, die nur der Erscheinung nach von einander verschieden seien. Reelle Gewere bezeichne die sichtbaren, ideelle Gewere die unsichtbaren Beziehungen zwischen Personen und Sachen.[2])

So war die Lehre Gaupps, obschon sie in der Gewere sowohl den Besitz als auch das dingliche Recht erblickte, doch im Grunde eine monistische.

Bald wurde aber eine die Gewere als Besitz und Recht hinstellende Theorie unter Preisgabe der Vereinheitlichung vertreten, und zwar 1844 durch Homeyer, der sich hierbei allerdings auf das sächsische Lehnrecht beschränkte.[3]) Die faktische, reelle Gewere als Besitz voraussetzend, leugnete er von den Fällen der ideellen Gewere die Urteilsgewere und die Gewere des unfreiwillig Entwerten.[4]) Die Gewere dessen, von dem und für den ein anderer die Sache inne hat[5]), bezeichnete er als eine Gewere kraft Vertretung, als eine Erweiterung des faktischen Besitzes über das unmittelbarste körperliche Innehaben hinaus, eine Erweiterung des Besitzbegriffes, wie sie in größerem oder geringerem Umfange jedes Recht notwendig habe. Der Gewere als streng und frei aufgefaßtem Besitze stellte

[1]) S. 107. [2]) S. 99 f.
[3]) Homeyer, Sachsenspiegel, II. Teil, Bd. II, S. 420 ff.
[4]) S. 421.
[5]) D. i. nach der Albrecht'schen Terminologie namentlich die Gewere dessen, der eine unbewegliche Sache durch simpele Tradition, durch Übergabe ohne Auflassung in die Hände eines anderen hat gelangen lassen, vergl. oben S. 6.

Homeyer die Erben- und Auflassungs-Gewere als Recht zum Besitze entgegen. Die in diesem ius possidendi beruhende Gewere könne auch mit dem faktischen Besitze verbunden sein. Aber nicht bloß als Recht zum Besitze, sondern auch als Recht aus dem Besitze scheine die Gewere vorzukommen, wenigstens scheine sie sich als das dem Besitzer zustehende nähere Beweisrecht belegen zu lassen.

Es liegt auf der Hand, daß Homeyers Ansicht sich von dem Monismus des Gewerebegriffs abgewandt hatte. Indes hatte sie doch nach einer Richtung hin den Beginn eines Weges berührt, auf dem ein anderer in kurzem zu einer neuen monistischen Theorie gelangte. Jener Wegesanfang beruhte in der Auffassung der Gewere kraft Vertretung als einer Erweiterung des Besitzbegriffes.

Die wirksamste Anregung, auf der hierdurch angezeigten Bahn vorzudringen, scheint das von Bruns im Jahre 1848 veröffentlichte Werk: „Das Recht des Besitzes" gegeben zu haben. Ueber das Problem der Sachgewere mit und ohne faktische Sachgewalt hat zwar Bruns eine selbständige klare Auffassung sich nicht gebildet [1]) was für ihn als Romanisten entschuldbar war. Aber er hatte doch, vornehmlich auf der Grundlage einer historischen Untersuchung über den kanonischen [2]) und deutschen [3]) Rechtsbesitz, eine rechtsphilosophische Bestimmung des Besitzbegriffes gewonnen, durch welche dessen Gebiet erheblich über die Grenzen ausgedehnt wurde, die man seit Savigny gewohnt gewesen war. „Der Besitz ist die dem Rechte entsprechende faktische Herrschaft des Rechtssubjektes über das Rechtsobjekt. Der Besitz an sich ist also ein ganz allgemeiner Begriff, der dem Rechte überhaupt korrespondiert und sich daher durch das ganze Rechtssystem hindurchzieht; jedem Rechte entspricht im allgemeinen ein bestimmtes Besitzverhältnis." [4]) Das war das Bruns'sche Resultat.

---

[1]) Vgl. S. 323. [2]) Vgl. namentlich S. 185 ff.
[3]) S. 328 ff. [4]) S. 486.

Dieses Ergebnis scheint nicht ohne Einfluß darauf gewesen zu sein, daß Sandhaas im Jahre 1852 in seinen „germanistischen Abhandlungen“ die erwähnte neue monistische Theorie verkündete, und zwar in der Abhandlung „Über das Wesen der Gewere“,[1]) wo er sich überall mit dem Werke von Bruns vertraut zeigte und auf Grund der von ihm empfangenen Anregung namentlich auch zum erstenmale ein selbständiges Kapitel über die Gewere an Rechten brachte.[2]) Als neue Lösung des Gewereproblems aber trug er hier vor: Jede Gewere, sowohl reelle als ideelle, ist Besitz. Scheinbar dasselbe, was Gaupp behauptet hatte. Aber nur scheinbar. Gaupps Meinung war: Gewere ist Besitz (reelle Gewere) und Recht (ideelle Gewere); dieses Recht aber ist vergeistigter Besitz; in diesem Sinne ist jede Gewere Besitz. Anders Sandhaas. Er betrachtete die ideelle Gewere nicht, wie Gaupp, primär als Recht und erst sekundär als Besitz, sondern in erster Linie als Besitz. Er sagte: „Gewere auch juristische Gewere, ist zunächst Besitz, und zwar nicht etwa bloß in dem Falle der Gewere durch Stellvertretung, für die schon Homeyer die Bedeutung Besitz vindiziert, sondern nicht minder in allen anderen Fällen der juristischen Gewere, in denen dieser Gelehrte ihr nur die Bedeutung Recht der Besitzergreifung zuweisen will.“[3]) Das sei folgendermaßen zu erklären: Prinzip des deutschen Rechtes sei es, daß das Bestehen des dinglichen Rechtes vom Besitz abhängig sei. Ohne Besitzerwerb werde kein dingliches Recht erworben, ohne Besitzbewahrung keines erhalten. Aus letzterem Grunde erkläre sich bei Mobilien auch der Satz: Hand wahre Hand,[4]) indem der Eigentümer, der seine Sache einem andern anvertraue, nur ein persönliches Recht behalte.[5]) Bei Immobilien sei nun aber im gleichen Falle der seine Sache nicht endgiltig aus der Hand gebende Eigentümer dinglich Berechtigter geblieben. Auch sei die Begründung dinglicher Rechte an Immobilien gegenüber der Bestellung solcher Rechte an Mobilien unabhängig von der Ein-

[1]) S. 81 ff. a. a. O. [2]) S. 156 ff. [3]) S. 94.
[4]) S. 102 ff. [5]) S. 153 f.

räumung der körperlichen Innehabung gemacht. Diese auf der natürlichen Verschiedenheit zwischen Immobilien und Mobilien beruhende,[1]) vom Fahrnisrecht abweichende weitgehende Anerkennung dinglicher Liegenschaftsrechte ohne körperliche Innehabung habe bei Aufrechterhaltung des Grundsatzes: „Kein dingliches Recht ohne Besitz" zu einer freieren Auffassung des Besitzes geführt.[2]) Infolge derselben habe man die allemal einen Besitz darstellende faktische Möglichkeit der Sachbeherrschung nicht bloß in ihrer evidentesten Form, der Detention, sondern auch, wie schon Homeyer betont habe, auch in der Gewere kraft Vertretung gesehen, außerdem aber noch in der durch richterliches Urteil geschaffenen, zwar einstweilen nicht verwirklichten, jedoch jeden Augenblick sicher zu verwirklichenden tatsächlichen Möglichkeit der Herrschaft (Urteilsgewere) sowie in der häufig nur eine besondere Art der Urteilsgewere darstellenden Auflassungsgewere. In den Fällen, in welchen die Auflassung kein gerichtlicher Akt gewesen sei, habe man die Auflassungsgewere als eine Gewere der Erwerbers kraft Vertretung durch den Veräußerer, als eine auf constitutum possessorium beruhende Gewere zu betrachten.[3])

Wenn somit die ideelle Gewere kraft Stellvertretung, Urteil oder Auflassung frei aufgefaßte faktische Sachgewalt und daher Besitz gewesen sei, so habe allerdings bei der Erbengewere, bei der neben der faktischen Lehnsinhabung der Frau bestehenden ideellen Gewere des Lehnsvormundes und bei der Gewere des unfreiwillig Entwerten nicht bloß die Detention, sondern die faktische Herrschaft überhaupt gefehlt. Gleichwohl habe man in diesen Fällen Besitz angenommen. Es habe sich allmählich das Bedürfnis geltend gemacht, das dingliche Recht des Erben auch ohne die ursprünglich erforderliche körperliche Besitzergreifung sofort mit dem Tode des Erblassers anzuerkennen. Bei dem Satze: „Kein dingliches Recht ohne Besitz!" habe man das nicht anders können, als durch Annahme eines sofortigen Besitzes des

[1]) S. 127. [2]) S. 115. [3]) S. 125 ff.

Erben.[1]) Ähnlich erkläre sich die ideelle Gewere des Lehnsvormundes als Besitz. Zum Zwecke der Ermöglichung einer Lehnsnutzung der lehnsunfähigen Frau habe man ein Lehnrecht einer Personeneinheit konstruiert, die aus dem lehnsfähigen und seine Lehnsfähigkeit zur Ergänzung einbringenden Vormund und der Frau zusammengesetzt und durch den Vormund repräsentiert sei. Dieses Lehnrecht als dingliches Recht habe einen Besitz der Personeneinheit bezw. ihres Repräsentanten vorausgesetzt. Daher der Besitz, die ideelle Gewere des Lehnsvormundes. Dem unfreiwillig Entwerten aber habe man die im allgemeinen als Wirkungen des Besitzes eintretenden Rechtsvorteile, die iura possessionis, sichern wollen, wenn nicht die possessorischen Rechtsmittel, so doch den mit dem Besitze verknüpften Beweisvorzug. Indem man so dem Entwerten die Wirkungen des Besitzes zugute gebracht habe, sei man naturgemäß dahin gelangt, ihm auch die regelmäßige Ursache jener Wirkungen, den Besitz, zuzusprechen.[2])

So war nach Sandhaas jede Gewere in erster Linie Besitz, sei es streng, sei es frei aufgefaßter faktischer, sei es angenommener, fingierter Besitz. Und insofern war eben seine Lehre eine monistische. Diese Erkenntnis darf man sich nicht dadurch trüben lassen, daß man Sandhaas daneben für die Gewere auch die Bedeutung „Recht" in Anspruch nehmen sieht. Denn es ist zu berücksichtigen, daß es sich bei dem Monismus des Gewerebegriffs um die Frage handelt, ob und wie die beiden Gegensätze reelle und ideelle Gewere in einem gemeinsamen Begriff zu vereinigen sind. Wenn nun Sandhaas Gewere = Besitz und Gewere = Recht setzt, so sollen sich diese beiden Bedeutungen nicht, wie zunächst bei Gaupp, zueinander verhalten, wie reelle und ideelle Gewere, sondern jede der beiden Bedeutungen soll sowohl reelle wie ideelle Gewere umfassen,[3]) Gewere = Recht außer

[1]) Die ideelle Gewere des Erben läßt Sandhaas übrigens auch an den Mobilien Platz greifen. Vgl. S. 133 Anm. 98. Ebenda behauptet er, daß auch eine Urteilsgewere an Fahrnis anerkannt sei. Doch sagt er auf S. 127 f. das Gegenteil.

[2]) S. S. 128—135. [3]) S. 149.

der ideellen die reelle Gewere wenigstens teilweise, nämlich insoweit sie nicht unrechtmäßiger Besitz ist. Gewere = Besitz und Gewere = Recht sollen somit bei Sandhaas nicht, wie reelle und ideelle Gewere, in gerader Linie aufeinanderstoßende Gegensätze sein, sondern zwei nie sich berührende Parallelen, von denen die primäre Linie Gewere = Besitz, die sekundäre Gewere = Recht ist.[1]) Als Recht bedeute die Gewere aber nicht ein dingliches Recht zur Vertretung der Sache, nicht eine vom materiellen dinglichen Rechte verschiedenes dingliches Klagerecht (Albrecht), sondern das materielle dingliche Recht selbst (Gaupp).[2]) In dieser Bedeutung komme sie nun aber entweder als noch mit der Gewere = Besitz in Verbindung stehend vor[3]) oder aber als ganz losgelöst von letzterer Gewere und selbständig.[4]) Jenesfalls drücke sie das dingliche Recht als vermittelt durch den Besitz aus,[5]) diesfalls sei, allerdings auch infolge des regelmäßigen Zusammentreffens von Besitz und dinglichem Recht in demselben Subjekt, die Bezeichnung des Besitzes auf das dingliche Recht an sich übertragen.[6])

Sandhaas errichtet nun aber doch über beiden Parallelen Gewere = Besitz und Gewere = Recht ein gemeinsames Dach. Es besteht in dem Begriffe der Sachherrschaft. Sandhaas sagt ausdrücklich: Gewere ist sachliche Herrschaft, sowohl tatsächliche als rechtliche, sowohl Besitz als dingliches Recht.[7])[8]) Auch insofern war die Lehre von Sandhaas monistischer Natur.[9])

---

[1]) S. 150. [2]) S. 152 f. [3]) Z. B. die Gewere des besitzenden Eigentümers. [4]) Z. B. die Gewere des nichtbesitzenden Eigentümers. [5]) „Besitz und dadurch dingliches Recht" sagt Sandhaas. [6]) S. 150 f. [7]) S. 161.

[8]) Ähnlich klang es schon, wenn Gaupp die reelle Gewere als die sichtbaren, die ideelle Gewere als die unsichtbaren Beziehungen zwischen Personen und Sachen bezeichnete. Aber im Sinne des Satzes von Sandhaas umfaßt sowohl die tatsächliche als die rechtliche Herrschaft je für sich reelle und ideelle Gewere.

[9]) Die von Sandhaas zum erstenmale näher berücksichtigte Gewere an Rechten wird von ihm als eine ideelle Gewere angesehen. Er sagt: „Für uns . . . die wir . . . die gewöhnliche Beschränkung des Besitzes an Sachen auf körperliches Haben und Halten . . . bekämpft haben, kann die Möglichkeit eines Besitzes an Rechten nicht erst einer besonderen Rechtfertigung bedürfen." Die Rechtsgewere behandelt Sandhaas dann ganz analog der reellen u. ideellen Sachgewere. Wie letztere zwei Bedeutungen habe, Besitz und dingliches Recht, und wie die Sachgewere als Recht entweder mit der Besitzbedeutung in Verbindung stehe oder aber ganz selbständig sei, so auch die Rechtsgewere.

Wieder eine neue monistische Theorie begegnet dann ein Jahr später (1853) in dem Delbrück'schen Aufsatze „Der Schutz des Eigentums und des Besitzes nach älterem deutschen Rechte".[1]) Schon Homeyer hatte darauf hingewiesen, daß die Gewere sich anscheinend auch als das dem Besitzer zustehende nähere Recht zum Beweise finde.[2]) Damit berührte es sich, wenn Sandhaas die Gewere des unfreiwillig Entwerten aus dem Bedürfnis erklärte, dem Entwerten den im allgemeinen mit dem Besitz verbundenen Beweisvorzug zu verschaffen. Hieran knüpfte Delbrück an, indem er, zunächst in Ansehung der Gewere jenes Entwerten,[3]) sodann auch für alle übrigen in dem Albrecht'schen Hauptkatalog[4]) aufgeführten Fälle der ideellen Gewere die Behauptung aufstellte, daß Gewere „Recht zur Beweisführung"[5]), „Beweisvorzug"[6]) bedeute. Diese Bedeutung weist Delbrück aber nicht der ideellen Gewere allein zu. Vielmehr läßt er sie ihr und der reellen Gewere, welche er in erster Linie als Besitz auffaßt, gemeinsam sein.[7]) Und hierin lag eben der Monismus seiner Theorie. Wennschon sie eine neue monistische Lehre war, so wurde sie doch durch eine kleine Wendung sehr in die Nähe der Albrecht'schen Lehre gedreht. Als Recht zur Beweisführung, als Beweisvorzug ließ Delbrück nämlich die Gewere sofort auch zur „Möglichkeit des Rechtschutzes"[8]) zum „Rechte des prozessualischen Schutzes"[9]) werden. Auch Albrecht hatte die Gewere als ein Recht zum Schutze (zur Vertretung) der Sache bezeichnet. Der Unterschied war nur der, daß sie nach Albrecht ein Recht zu gerichtlichem und außergerichtlichem Schutze, nach Delbrück nur ein Recht zu gerichtlichem Schutze sein sollte.

Daneben findet sich bei Delbrück ein gewisser Eintritt in die Richtung der Sandhaas'schen Theorie, die das Wesen der Ge-

---

[1]) In der Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. XIV S. 207 ff.
[2]) Vgl. oben S. 15. [3]) S. 254—257. [4]) Vgl. oben S. 6.
[5]) Vgl. S. 256, 257, 258, 259. [6]) S. 256, vgl. aber auch S. 257, 259.
[7]) S. 256 f., bes. S. 257, S. 258 f.
[8]) S. 261. [9]) S. 261.

were auch bei der ideellen Gewere im Besitze sah. Wenigstens die Gewere des unfreiwillig Entwerten erklärt Delbrück durch die dabei obwaltende Vorstellung, daß der unfreiwillige Verlust des Besitzes gewissermaßen gar kein Verlust des Besitzes sei.[1]) Aber bei diesem einen Schritte auf dem von Sandhaas weiter verfolgten Wege blieb es bei Delbrück. Wird hiervon und von dem der reellen und ideellen Gewere gemeinsamen Merkmal des Beweisvorzuges abgesehen, so hat Delbrück einen weiteren Versuch, reelle und ideelle Gewere unter einen einheitlichen Begriff zu bringen, nicht gemacht. Vielmehr findet er in der Gewere außer dem Beweisvorzug auch einerseits den faktischen Besitz, die körperliche Innehabung, eine Gewere, die ohne Rücksicht auf Absicht[2]) und Rechtsgrund nicht nur dem Verwalter, sondern auch dem Diebe und Räuber, überhaupt dem unrechtmäßigen Besitzer zugeschrieben werde,[3]) anderseits das dingliche Recht. Wenn er in der letzteren Bedeutung der Gewere auch eine Folge ihrer von ihm monistisch verwerteten Bedeutung als Beweisvorzug sieht[4]) und wenn seiner Meinung nach die Gewere als dingliches Recht auch diejenige reelle Gewere, bei welcher körperliche Innehabung und dingliches Recht verbunden sind, mit umfassen muß, so bleibt doch außerhalb des Bereiches der nach Delbrück das dingliche Recht bedeutenden Gewere diejenige Gewere liegen, welche unrechtmäßige körperliche Innehabung ist. Insofern müßte aber die Ansicht Delbrücks, wenn sie die Gewere lediglich einerseits als Besitz, anderseits als dingliches Recht hinstellen würde, als eine dualistische bezeichnet werden. Und zwar wäre sie von einem ähnlichen Dualismus, wie die Lehre Homeyers.[5])

Jedenfalls aber wäre es um die Wertung Delbrücks innerhalb der damaligen Germanistenwelt schlecht bestellt gewesen, wenn er in die von Sandhaas bis zu Ende gegangene

---

[1]) S. 256.

[2]) Gedacht ist an den für den römischen Besitz angeblich charakteristischen animus (rem sibi habendi bezw. Domini).

[3]) S. 253. [4]) S. 258 f.

[5]) Delbrück hat seine Theorie im wesentlichen wiederholt in seinem Werke: „Die dingliche Klage des deutschen Rechts", 1857 S. 66 ff.

monistische Richtung hinein, welche auf die Gleichstellung auch der ideellen Gewere mit dem Besitz hinauslief, weiter als über den erwähnten einen zaghaften Schritt hinaus gefolgt wäre. Der arme Sandhaas wurde niedergemacht. Nach einander stürzten sich Gerber und Stobbe über ihn her. Die freie Auffassung des Besitzes, die der junge Privatdozent zu äußern gewagt hatte, war ja aber auch eine unerhörte Frechheit, so ganz allen hergebrachten und für alle Zeiten feststehenden Anschauungen über Besitz widersprechend! So dachten wenigstens die ganz von der Savigny'schen Besitzlehre durchtränkten und hier wie sonst so oft mehr romanistisch als germanistisch fühlenden Koryphäen der Germanistik Gerber und Stobbe, jener in seinem Aufsatze: „Über die Gewere in den deutschrechtlichen Quellen des Mittelalters" (1854),[1] dieser in seinem Artikel „Gewere" (1857).[2] Mit beißendem Spott wurde Sandhaas von Gerber behandelt.[3] Stobbe warf ihm vor, daß sein weiter Besitzbegriff allem bisherigen juristischen Denken widerspreche und daß seine Lehre aus kritiklosen Phantasien bestehe.[4] Dabei hatte aber weder Gerber noch Stobbe völlig erfaßt, was Sandhaas eigentlich wollte, wozu ja allerdings ein etwas liebevolleres, von manchen gewiß nicht zu verkennenden Schwächen absehendes, mehr auf das Ganze, als auf das Einzelne schauendes Vertiefen in die Abhandlung von Sandhaas erforderlich gewesen wäre. Jedenfalls hat dieser jenen beiden an redlichem Bemühen, die Wahrheit über die Gewere zu finden, nicht nachgestanden. Daß das Ergebnis seiner Forschungen nicht so unsinnig war, werden wir demnächst sehen. Auch so unerhört war es nicht. Homeyer hatten wir bereits als einen Anbahner der Ansicht von Sandhaas kennen gelernt. Gaupps Auffassung der reellen und ideellen Gewere als zweier Arten des Besitzes war wohl noch freier gewesen und

---

[1]) In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. XI S. 1—54.
[2]) In Ersch und Grubers Allgemeiner Encyklopädie der Wissenschaften und Künste 65. Teil (1857) (S. 428—488.)
[3]) S. 49 - 54 a. a. O. bes. S. 53. [4]) S. 484 a. a. O.

verdiente es wohl eher verurteilt zu werden, als die Sandhaas'sche Meinung. Und eine merkwürdige Tragik war es, daß zu einer Zeit, da der führende Romanist Bruns unter Zuhilfenahme des deutschen Rechts den Savigny'schen Besitzbegriff umgestoßen hatte, der ebenfalls darüber hinwegschreitende Germanist Sandhaas dieserhalb von den beiden Germanisten Gerber und Stobbe niedergeknüppelt wurde.[1])

Was nun die eigene Auffassung von Gerber und Stobbe anlangt, so erklärte Gerber es für unmöglich, einen monistischen Begriff der Gewere zu finden. Das ist es wenigstens, was er meint, wenn er behauptet, die Gewere sei kein Rechtsinstitut gewesen[2]). Bei seiner Ansicht würde er wohl richtiger sich dahin ausgedrückt haben, daß die Gewere kein einheitliches Rechtsinstitut gewesen sei. Er sieht nämlich die Gewere einerseits als Besitz, anderseits als Recht an der Sache, Besitzrecht an,[3]) das entweder mit dem Besitze verbunden ist, (als Besitztitel),[4]) oder nicht. Demgemäß kann er ihr zwar den Charakter eines einheitlichen Rechtsinstituts, nicht aber die Bedeutung eines Rechtsinstituts überhaupt absprechen. Jedenfalls aber hat Gerber entschiedener, als jemand vor ihm, einen Dualismus des Gewerebegriffs vertreten. Er hat gewissermaßen aus der Gaupp'schen monistischen Lehre deren dualistischen Untergrund herausgehoben.[5]) Er hat den Dualismus Homeyers übernommen unter Abtrennung alles dessen, was bei diesem bereits nach der monistischen Seite hinneigt. Wenn er so die Gewere rein dualistisch einesteils als Besitz, zum anderen Teile als Recht an der Sache hinstellt, so will er unter diesem Rechte doch keineswegs das materielle dingliche Recht verstanden wissen.[6]) Vielmehr soll die Gewere als Recht dasjenige sein, was allen einzelnen dinglichen Rechten (Eigentum, Lehen usw.) bei Abstraktion von deren besonderer Natur[7]) gemeinsam ist, ein

[1]) Ein Beispiel, wie verhängnisvoll Autoritäten, wenn sie ihre Aufgabe erfüllt haben, durch Bannung befangener Geister dem weiteren Fortschritt der Wissenschaft hinderhalten können.

[2]) Vgl. S. S. 4 u. 46. [3]) S. S. 7, 9, 11, 13, 14, 19, 21f.

[4]) S. 7. [5]) Anklänge an Gaupp vgl. namentl. S. 21. [6]) S. 24f. [7]) S. 19.

formelles „Etwas", der juristische Stoff, der den faktischen Tatbeständen der einzelnen dinglichen Rechte äußerlich hinzutritt, äußerlich beigemischt ist, der Stoff, der alle jene Tatbestände erst zu Rechten macht.[1]) Gewere ist also nach Gerber im Grunde nichts Anders, als der Begriff „dingliches Recht im Allgemeinen", womit es allerdings nicht recht stimmen will, daß die Gewere als Recht nicht materieller, sondern formeller Natur sein soll.

Die dualistische Meinung Gerbers, daß Gewere bald Besitz, bald Besitzrecht, Recht zu besitzen bedeute, wurde von Stobbe übernommen,[2]) der aber dabei ausdrücklich betonte, daß die Gewere in letzterer Bedeutung Rechtsinstitut sei.[3]) Gewere im technischen Sinne nennt er es,[4]) offenbar in Anlehnung an Eichhorn,[5]) mit dem er auch diese Gewere, dieses Recht bald mit dem Besitz verbunden sein läßt, bald nicht.[6]) Ein mit dem Besitze nicht verbundenes Besitzrecht, (juristische, ideelle Gewere) hält er nur bei Immobilien für möglich.[7]) In jedem Falle bestehe aber die Gewere als Besitzrecht, als ius possidendi „ohne Rücksicht auf seinen materiellen Inhalt". In dem das Besitzrecht bezeichnenden Worte „Gewere" liege an sich noch nicht, „ob dies Recht mit dem Eigentume, Lehnrechte, Pfandrechte usw. verbunden" sei. Gewere als Recht sei hiernach nicht ein materielles, sondern ein formelles Recht zu besitzen.[8]) Man sieht, wie Stobbe hier ganz Gerber folgt. Aber die formelle Natur der Gewere als Recht erklärt er doch ganz anders als Gerber. Die Gerber'sche Deutung bekämpft er als durchaus nebelhaft. „Wir gestehen, daß es uns nicht klar geworden ist, wie sich Gerber die Stellung der tatsächlichen Verhältnisse zu dem juristischen Fluidum der Gewere denkt. Was soll es heißen, daß das deutsche Recht den einzelnen tatsächlichen Verhältnissen nur die formelle Anerkennung gibt?"[9]) Wir haben schon erkannt, daß das, was Stobbe das juristische Fluidum nennt,

---

[1]) S. 23 f. [2]) S. 430 f, 433 ff., 437 a. a. O.
[3]) S. 435 § 10, 429, § 3. [4]) S. 448, § 20. [5]) Vgl. oben S. 2.
[6]) S. 456 auch S. 430. [7]) S. 456, 438 § 14.
[8]) S. 449. [9]) S. 485.

kaum als etwas Anderes gedacht war, denn als das dingliche Recht im allgemeinen. Insoweit brauchte es, mochte es auch unzutreffend sein, nicht gerade den spöttischen Ton der Stobbe'schen Kritik herauszufordern. Umso berechtigter war es, wenn Stobbe die Unklarheit dessen rügte, was Gerber als die formelle Natur der Gewere als Besitzrechtes bezeichnet hatte. Und in diesem Punkte hat denn auch Stobbe etwas Besseres an die Stelle zu setzen gewußt. Er sagt: „Während das römische Recht überall auf den Inhalt des Rechts, auf das der Erscheinung zu Grunde liegende Recht sieht, hält sich das deutsche Recht an die Erscheinung selbst, welche bei Rechten, welche ihrem Inhalte nach verschieden sind, dieselbe sein kann, und stellt für diese der Erscheinung nach gleichen Rechte einen allgemeinen Begriff auf." [1]) Die formelle Natur der Gewere als Besitzrechtes und die Gleichheit der äußeren Erscheinung bei den verschiedenen dinglichen Rechten ist für Stobbe identisch. Er ist so ungemein nahe daran, es auszusprechen, was heute allseitig als die Lösung des Gewereproblems betrachtet wird: Gewere ist die äußere Erscheinungsform des dinglichen Rechtes. Ja gelegentlich bezeichnet er sogar die Gewere, welche faktischer Besitz ist, als „die äußere Erscheinung des Rechtes." [2]) Aber im übrigen kommt er doch trotz allen Ahnens der Wahrheit nicht darüber hinaus, daß die Gewere Besitzrecht ist. Nur sei dieses eben lediglich ein der Form nach, der äußeren Erscheinung nach, dem Anscheine nach, auf eine in abstracto giltige Art und Weise, (durch) einen legitimus modus acquirendi) begründetes Recht, möge auch in concreto es an den Voraussetzungen für die Begründung eines materiellen Rechts z. B. an dem materiellen Rechte des Veräußerers gefehlt haben. (Hand wahre Hand!) [3])

Mit der Gewere als dem Recht zu besitzen soll nach Stobbe „regelmäßig auch das Recht auf die Nutzungen und Früchte verbunden" sein, [4]) „zusammenfallen." [5]) Alsbald läßt

---

[1]) S. 449. [2]) S. 446. [3]) S. 449 f. [4]) S. 450. [5]) S. 451.

er auch den Begriff der Gewere das Recht auf den Besitz und das Recht auf die Nutzungen umfassen.[1])

Gerbers und Stobbe's dualistische Theorie vermochte aber ebensowenig durchzudringen, wie der Dualismus Homeyers. Schon in demselben Jahre, in dem Stobbe seinen Artikel über die Gewere veröffentlichte, trat abermals eine neue monistische Ansicht hervor, und zwar in der Abhandlung Steins: Die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts, 1857. Auf der Grundlage der dualistischen Lehre, daß die Gewere teils Besitz, teils dingliches Recht sei, hatte bereits früher Gaupp durch Erweiterung des Besitzbegriffes, durch Auffassung des dinglichen Rechtes als vergeistigten Besitzes, die monistische Doktrin aufgebaut, jede Gewere sei Besitz. Nunmehr benutzte Stein jedes der beiden Elemente des Dualismus, sowohl den Besitz als auch das dingliche Recht zur Herstellung eines Monismus. Zunächst verwandte er hierzu das dingliche Recht und zwar im Gegensatze zu Albrecht nicht ein zum materiellen Sachenrechte als äußere Seite hinzutretendes Recht zur Vertretung der Sache, sondern das materielle Sachenrecht selbst. Jede Gewere, behauptete er, sei ein Besitzrecht,[2]) ein Recht eine Sache zu haben und zu behalten.[3]) Nur sei dieses Besitzrecht nicht immer ein wahres, sondern häufig bloß ein präsumtives. (!) Im letzteren Sinne sei auch der rechtlose Besitz, jede Detention ein Besitzrecht, eine Gewere.[4]) Auf der anderen Seite wußte Stein auch vermittelst des Besitzelementes den Gewerebegriff monistisch zu gestalten. Von vornherein setzte er dabei diese Seite seiner Theorie mit der aus dem Begriffe des Besitzrechtes hergestellten Seite in Verbindung. Er meinte, beim Begriffe des Besitzrechtes sei doch der Gedanke an den Besitz die prinzipielle, hervortretende Vorstellung gewesen. Eben dieserhalb habe man auch das Besitzrecht mit dem Worte Gewere bezeichnet,[5]) welches, wenn man absehe von seiner ursprünglichen Bedeutung = Besitzübertragung, zunächst den durch diese Uebertragung her-

[1]) S. 452. [2]) S. 51. [3]) S. 44ff, 53. [4]) S. 47f. [5]) S. 53.

vorgerufenen Zustand, den Besitz ausgedrückt habe.[1]) Die Frage, wie die Vorstellung eines Besitzes zu erklären sei, konnte natürlich nur Schwierigkeiten machen bei demjenigen Besitzrechte, welches nicht mit körperlicher Sachgewalt gepaart war. Und da half sich nun Stein, indem er dieses Besitzrecht, ähnlich wie Gaupp, gleichzeitig als vergeistigten Besitz auffaßte.[2]) Sowohl hierbei als auch sonst kam er übrigens, wenn auch vielleicht nicht in ganz demselben Maße, wie Stobbe, der Auffassung nahe, daß die Gewere Erscheinungsform des dinglichen Rechtes sei.[3]) Sieht man von diesem Nebentone ab, so läßt sich die Stein'sche Ansicht kurz dahin zusammenfassen, daß jede Gewere einerseits ein Besitzrecht, wenn auch als rein faktische Gewere nur ein präsumtives (!) Besitzrecht, anderseits ein Besitz, wenn auch als ideelle Gewere nur vergeistigter Besitz sei.

Während mittels der letzteren Seite dieser Ansicht schon Gaupp den Gewerebegriff monistisch konstruiert hatte, kann man mit der ersteren Seite eine i. J. 1860 von Rückert[4]) kundgegebene Theorie vergleichen. Auch sie ging davon aus, daß die Gewere bald Besitz, bald Recht sei, und gelangte doch zu dem Ziele, jede Gewere sei ein materielles dingliches Recht. Und zwar sei die reine faktische Gewere (der nackte Besitz), nicht bloß ein präsumtives, sondern ein wirkliches, dingliches Recht (Besitzesrecht). Rückert folgert dieses aus seiner Ansicht, daß schon zur Zeit der Rechtsbücher ein rechtlicher Schutz des Besitzes als solchen bestanden habe, indem er annimmt, rechtlicher Schutz setze allemal ein zu schützendes Recht voraus.[5]) „Gewere ist dingliches Recht im allgemeinen", war ja der Kern

---

[1]) S. 17. [2]) S. 54 ff. [3]) Vgl. 57, S. 63 f., 72, 75, 44.

[4]) Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, 1860.

[5]) S. 101 ff., S. 154 ff., 176, 178, 185 f., S. 7. Gelegentlich findet sich bei Rückert freilich auch eine Spur von der Ansicht, welche die Einheit des Gewerbebegriffes nicht durch Verallgemeinerung des Rechtes, sondern durch Erweiterung des Besitzes zu gewinnen sucht. So meint Rückert a. a. O. S. 99, daß man auch bei der Auflassung die Idee einer faktischen Tradition der Sache nicht ganz fahren ließ.

der Rückertschen Lehre. Schon bei Gerber hatte sich dieser Satz ergeben, aber nur für die ideelle Gewere und für die rechtmäßige faktische Gewere. Rückert stellte jenen Satz auch mit Bezug auf die nackte, unrechtmäßige, faktische Gewere auf.

Gegen Rückert wandte sich v. Bar in seiner Schrift: „Das Beweisurteil des germanischen Prozesses" 1866. Indem er — allerdings nicht ganz in Uebereinstimmung mit Rückert[1]) — den von diesem schon für die Zeit der Rechtsbücher angenommenen rechtlichen Schutz des Besitzes einer besonderen Besitzklage gleichstellte, sagte er: „Mit der von Bruns[2]) unwiderleglich bewiesenen Tatsache, daß das germanische Recht eine besondere Besitzklage und folglich auch ein besonderes Recht des Besitzers nicht kannte, wird Rückerts Ansicht aller Boden entzogen."[3]) Dafür suchte v. Bar eine neue monistische Theorie zu begründen. Er glaubte die Einheit jeder Gewere, sowohl der rechtlosen als auch der rechtmäßigen faktischen Gewere und ebenso der ideellen Gewere darin zu sehen, daß jede Gewere eine Wahrscheinlichkeit, eine Präsumtion des dinglichen Rechtes mit sich bringe.[4]) Ja, v. Bar erklärte die Gewere als „eine Bezeichnung für die Präsumtion des Rechtes".[5]) Sie sei aber nicht, wie Delbrück annehme, „ein rein prozessualisches Institut, welches mit dem Beweisvorzuge im Prozesse geradezu identisch wäre". Vielmehr sei sie als Präsumtion „sowohl von faktischen Wahrscheinlichkeitsgründen als von materiellen und bestimmten Rechtssätzen abhängig".[6])

Wer hatte nun recht von allen denen, die bislang auf so vielerlei verschiedene Art und Weise monistisch oder dualistisch das Problem des Gewerebegriffs zu lösen versucht hatten? Geradezu wie eine Bankerotterklärung aller Gewereforschung seit Eichhorn, fast wie eine Rückkehr zur ursprünglichen gemeinrechtlichen Auffassung des Gewerebegriffs sah es aus, wenn Laband in seinem Werke „Die vermögensrechtlichen

[1]) Vgl. Rückert a. a. O. S. 176, 178. [2]) Recht des Besitzes, S. 285 ff.
[3]) S. 167. [4]) S. 170 ff. [4]) S. 170 ff. [5]) S. 225. [6]) S. 225.

Klagen," 1869, unter Gewere lediglich den faktischen Besitz verstand, den er bei Mobilien als identisch mit der unmittelbaren körperlichen Detention ansah, bei Immobilien freilich auch in der mittelbaren Erhebung von Nutzungen durch den sein Gut nicht selbst bewirtschaftenden Eigentümer erblicken zu müssen glaubte. Kurz gesagt, faktischer Besitz im Sinne einer unmittelbaren oder mittelbaren tatsächlichen Nutzung sollte nach ihm die Gewere sein.[1]) Die in der mittelbaren Nutzung beruhende Gewere war einer von den Fällen, die sonst als ideelle Gewere behandelt waren.[2]) Indem Laband in jenem Falle eine faktische Gewere annahm und die übrigen hergebrachtermaßen unter den Begriff der ideellen Gewere gestellten Fälle leugnete,[3]) kam er dazu, eine ideelle Gewere überhaupt zu verneinen. Im Resultat ungefähr dasselbe, wie bei der gemeinrechtlichen Auffassung, welche die Gewere als faktischen Besitz behandelte und die Fälle der ideellen Gewere ignorierte. Indes war Laband doch dicht dabei, wenigstens die ideelle Gewere des Dejektus auf einem Umwege wieder einzuführen, und zwar als Besitz.[4]) Seinen Leitgedanken drückt er dabei aus in den Worten: „An einem Grundstücke können . . . . . mehrere Personen gleichzeitig Besitzhandlungen vornehmen; die eigenmächtige Besitzergreifung eines Grundstückes ist daher durchaus nicht notwendig verbunden mit einer Entsetzung des bisherigen Besitzers."[5])

Labands Theorie, daß die Gewere ein in unmittelbarer oder mittelbarer Nutzung[6]) bestehender faktischer Besitz sei, fand nochmalige Vertretung in Heuslers Buch „Die Gewere", 1872.[7]) Wie Laband verhielt sich Heusler auch gegen die überlieferten Fälle der ideellen Gewere grundsätzlich ablehnend,

---

[1]) Vgl. S. 158—165. [2]) So namentlich von Albrecht, vgl. ob. S. 7 f.
[3]) S. 158 ff. Auf S. 186 leugnet Laband speziell auch die ideelle Gewere des Dejizierten.
[4]) S. 202 ff. [5]) S. 203. [6]) Vgl. übrigens schon Stobbe ob. S. 25 f.
[7]) S. 50 ff, 114 ff. Bei der Kritik des Heusler'schen Buches in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XV (1873) S. 381 durfte daher Laband mit Recht betonen, daß die Resultate Heuslers im wesentlichen mit den von ihm selbst entwickelten Sätzen übereinstimmten. Vgl. auch Heusler a. a. O. Vorrede S. IX.

soweit er nicht bei ihnen eine mittelbare Nutzung annahm. Mangels einer Nutzung verneinte darum Heusler namentlich die ideelle Eigengewere, die nach Albrecht der Ehefrau neben der vormundschaftlichen Gewere des Ehemannes, den Söhnen neben der Leibzuchtsgewere der Mutter, dem Schuldner neben der Satzungsgewere des Gläubigers zustehen sollte,[1]) desgleichen eine ideelle Urteils- und Auflassungsgewere.[2]) Ohne das von ihm für den Gewerebegriff aufgestellte Erfordernis einer tatsächlichen unmittelbaren oder mittelbaren Nutzung wirklich erfüllt zu sehen, hatte Laband nur der ideellen Gewere des Dejektus eine verschleierte Konzession gemacht. Heusler erkannte als eine Gewere ohne Nutzung außer der Gewere des Dejektus auch die Gewere des Erben ausnahmsweise als ideelle Gewere an. Denn wenn er ihnen auch auf der einen Seite, gerade wie der Gewere des sein Gut nur mittelbar nutzenden Eigentümers,[3]) einen gewissen faktischen Charakter zusprach,[4]) so betonte er doch anderseits ihre ideelle, ihre auf Fiktion, auf Abstraktion beruhende Natur.[5]) In diesem Sinne sagte er: „Gewere ist und bleibt Besitz, Besitz im juristischen Sinne und damit auf Grund einer Rechtsfiktion, und die Deutschen sind in dieser Fiktion nach zwei Richtungen weiter gegangen, als die Römer: in Anerkennung einer Gewere des Erben und in Fortdauer (!) der Gewere des Dejizierten.“[6]) So hatte Heusler freilich seine grundsätzliche Absage an die ideelle Gewere zu einem erheblichen Teile wieder zurückgenommen. Er hätte eigentlich nur noch eine Urteils- und Auflassungsgewere als ideellen (fiktiven) Besitz anzuerkennen brauchen, um ganz zu der Ansicht von Sandhaas zurückzugelangen. Doch blieb dieses Sohm vorbehalten.

Sohm kommt in seiner Abhandlung „Zur Geschichte der Auflassung“ in der Festgabe für Thöl, 1879, zu dem Ergebnis, daß die Gewere auf Grund symbolischer d. h. ideeller Investitur (Auflassung) Besitz sei. Er sagt: „Sie ist Besitz mit

[1]) S. 160 ff. [2]) S. 186 ff. [3]) Vgl. S. 51 ff., 115 ff., namentl. S. 117.
[4]) S. 209, 68, 208. [5]) S. 206 f., namentlich Anm. 1, auch S. 210.
[6]) Die Meinung Heuslers, daß die Römer einen fortdauernden Besitz des Dejizierten nicht anerkannt hätten, ist allerdings zu bestreiten.

animus und corpus, sie ist Gewere am Grundstück im Sinne von juristischem Besitz. Der einheitliche Begriff von Gewere in dem von Laband und Heusler aufgestellten Sinne reicht aus, um die Gewere kraft symbolischer Investitur (Auflassung) mit zu begreifen. Es kann hier nur angedeutet werden, daß auch die Gewere des Erben und des Dejizierten eine gleiche Lösung zuläßt.“ [1]) Und vollends dachte Sohm bezüglich der Urteilsgewere nicht anders.[2])

Nun dauerte es auch nicht lange mehr, daß Heusler die Auflassungs- und Urteilsgewere ebenfalls als Arten des juristischen ideellen Besitzes anerkannte. Er tat dieses in seinen Institutionen des deutschen Privatrechts, 1886.[3])

So bildet die Entwickelungsreihe der Meinungen von Laband, Heusler dem Früheren, Sohm und Heusler dem Späteren eine wirkliche Ehrenrettung der von Gerber und Stobbe so heftig angegriffenen Sandhaasschen Ansicht, jede Gewere, sowohl faktische als ideelle, sei Besitz.

Der Besitztheorie hat auch Huber als einer einfachen und klaren „hohe Anerkennung“ gezollt in seiner Schrift „Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht,“ 1894.[4]) Im wesentlichen, wie Laband und Heusler, erblickte er als Grundelement des Gewerebegriffs eine in unmittelbarer oder mittelbarer Nutzung beruhende tatsächliche Herrschaft über eine Sache.[5]) Aber diese Herrschaft will er, wie Sohm, im weitesten Sinne verstanden wissen, als „die faktische Macht den Nutzen, ohne mit andern Ansprechern tatsächlich in Konflikt zu geraten, sich anzueignen: also wirkliche Nutzung einerseits und tatsächlich (sowie natürlich auch rechtlich) mögliche Nutzung andererseits.“ [6]) Demgemäß sagt er, daß „der Berechtigte die Gewere besaß, sobald er tatsächlich in der Lage war, das Gut zu nutzen“.[7]) So erkläre sich bei Immobilien[8]) außer der Urteilsgewere und außer der

[1]) S. 111. [2]) Vgl. S. 90 f. [3]) Bd. II S. 34 f., 37. [4]) S. 5.
[5]) S. 22—32. [6]) S. 32. [7]) S. 33.
[8]) Bei Mobilien könne die Gewere immer nur in der Innehabung bestehen und in der damit gegebenen tatsächlichen Möglichkeit unmittelbaren Gebrauchs, der eine besondere Art der Nutzung sei. Vgl. S. 40, 23.

Gewere des Herrn bei Heimfall des Gutes namentlich die Auflassungs- und Erbengewere, die aber auch ebendaher dann nicht gegeben sei, wenn ein Dritter im eigennützigen Besitze des Gutes sei, weil in diesem Falle trotz rechtmäßigen Auflassungs- oder Erbschaftserwerbs dem Erwerber die tatsächliche Möglichkeit fehle, ohne weiteres, ohne Konflikt mit dem Dritten die Nutzung des Gutes sich zuzuwenden.[1]) Dieselbe Einschränkung hatte übrigens auch schon Sohm gemacht, als er die Auflassungs- und Erbengewere als tatsächliche Sachherrschaft, als Besitz anerkannt hatte.[2]) Ueberhaupt ist bis hierher kaum ein Unterschied zwischen den Meinungen Sohms und Hubers festzustellen. Etwas ganz Neues brachte jedoch Huber in einem zweiten Grundelemente, das er außer der tatsächlichen Sachherrschaft als für den Gewerebegriff wesentlich hielt. Entweder bewußt oder unbewußt hat er dabei angeknüpft an die Behauptung Sohms, die Gewere sei Besitz mit animus und corpus. Dem römischen corpus possessionis stellte er nun das erste Grundelement der Gewere, die im weitesten Sinne aufgefaßte tatsächliche Sachherrschaft, allein an die Seite. Anstatt des rein subjektiven animus aber führte er das erwähnte deutschrechtliche zweite Grundelement der Gewere ein; und dieses sah er in der Behauptung einer der tatsächlichen Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache.[3]) Er meint also, die Gewere setze zwar außer der tatsächlichen Herrschaft nicht ein objektiv bestehendes dingliches Recht voraus, aber es sei doch erforderlich, daß der Inhaber der tatsächlichen Herrschaft, wenn sie ihm zur Gewere werden solle, eine zu der betreffenden Herrschaft befugende objektiv vorhandene dingliche Berechtigung behaupte. Auch die diebliche und raubliche Gewere der Quellen erkläre sich nicht anders. Hierunter sei nämlich nicht „eine Gewere auf Grund des bloßen corpus, ohne jede Beziehung zum dinglichen Recht, zu verstehen". „Vielmehr will die Bezeichnung nur besagen, daß der Dieb, der ein dingliches Recht

[1]) S. 33—40. [2]) S. 111 a. a. O. [3]) S. 22—24.

als objektiv existent behauptet, nachher als Dieb entlarvt worden ist, so daß also die Gewere ihren Namen als raubliche Gewere aus einem Umstand erhält, der erst nachträglich seine Aufklärung erfahren hat."[1]) So war denn trotz der Anerkennung der Besitztheorien Labands, Heuslers und erst recht natürlich Sohms der Gewerebegriff unter den Händen von Huber doch ein ganz anderer geworden, wennschon er auch von ihm, unbeschadet der beiden Grundelemente, als monistischer gedacht war.

Aber Huber begnügte sich nicht mit der Feststellung des Gewerebegriffs. Er zog außerdem auch ein Problem wieder in den Kreis der Betrachtung, dessen Lösung Albrecht in der Formel: „Gewere ist die Grundlage des deutschen Sachenrechts" gefunden zu haben glaubte, ein Problem, das im Streite um den Gewerebegriff der Aufmerksamkeit der Gewereforscher entschlüpft war. Huber bezeichnete dieses Problem als die Frage nach der Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht im Gegensatze zur Frage nach dem Begriff der Gewere.[2]) Sehr glücklich ist diese Bezeichnung nicht, da Bedeutung und Begriff dasselbe ist, jedenfalls als dasselbe aufgefaßt werden kann. Huber versteht aber eben unter Bedeutung der Gewere ihre Funktion, ihre Aufgabe, ihren Dienst im Rechtsorganismus des Sachenrechts.[3]) Ihre Bedeutung in diesem Sinne findet er darin, daß die Gewere die Form, die äußere Erscheinung, die Erscheinungsform des Sachenrechts abgibt und damit die Legitimation als Beklagter, Kläger und Veräußerer in Ansehung einer Sache.[4]) So nennt er die Gewere auch die Gestalt, unter welcher das dingliche Recht verteidigt, erobert und übertragen wird. Das sind die drei Funktionen, die drei Wirkungen der Gewere, die Defensiv-, Offensiv- und Translativwirkung.[5])

Indem aber Huber die Bedeutung der Gewere in ihrer Funktion als Form der Sachenrechte sieht, geht er schließlich, ohne es

---

[1]) Vgl. S. 41—45. [2]) Vgl. S. 5—7. [3]) Vgl. 47 f.
[4]) S. 47 ff., 63 f.
[5]) S. 21 f. Die Bezeichnung Defensiv- und Offensivwirkung waren übrigens schon von Albrecht vorbereitet, vergl. oben S. 5 f.

ſelbſt zu merken, dazu über, die Form der dinglichen Rechte als den Begriff der Gewere hinzuſtellen. Er ſagt nämlich: „Wir gelangen nun zu dem Ergebnis, daß die Gewere im deutſchen Mittelalter als die Form der dinglichen Rechte zu betrachten ſei.“ [1]) Zugleich ein Zeichen, wie wenig Begriff und Bedeutung ſich trennen laſſen.

„Tatſächliche Herrſchaft (Beſitz) im weiteſten Sinne unter Behauptung eines entſprechenden Rechtes und als ſolche Herrſchaft Erſcheinungsform des Sachenrechts“ ſo läßt ſich hiernach der Gewerebegriff bezeichnen, wie Huber ihn aufgefaßt hat.

Das Formelement des Gewerebegriffes iſt nun keineswegs von Huber ganz originell gefunden. Vielleicht ſchon Albrecht hatte es dunkel geahnt, als er zu dem Ergebnis gelangte, daß die Gewere, die Dinglichkeit, unabhängig und verſchieden von den materiellen Sachenrechten als etwas Formales nach eigenen Regeln im Gebiete des Sachenrechts verteilt ſei. [2]) Gerber mag wohl dieſen Ausſpruch aufgegriffen haben, wie er von der Gewere als einem formellen „Etwas“ ſprach. [3]) Auch Stobbe ſtand der Meinung, daß die Gewere die Erſcheinungsform des dinglichen Rechtes ſei, ungemein nahe; ebenſo Stein. Sie alle waren aber durch die Meinung, daß die Gewere ein Recht ſei, von der Erkenntnis zurückgehalten, daß die formale Natur im Tatſächlichen beruhe. Sie alle hatten darum den Charakter der Gewere als Form im Bereiche des Rechtlichen geſucht. Albrecht hatte ja bekanntlich die Gewere als Recht zur Vertretung der Sache aufgefaßt, Gerber in ihr den formellen juriſtiſchen Stoff gefunden, welcher den faktiſchen Tatbeſtänden der einzelnen dinglichen Rechte äußerlich hinzutritt. Und bei Stobbe, um von dem hier allzu unſelbſtändigen Stein ganz zu ſchweigen, war die Gewere zum formellen Beſitzrecht geworden. Es war die befreiende Tat Hubers, daß er das Element der Form in der Gewere als etwas Tatſächliches aufdeckte. [4]) Freilich ſcheint ſich ſeine Theorie heute mehr und

[1]) S. 48. [2]) Vgl. oben S. 10. [3]) Vgl. oben S. 23 f.
[4]) Vgl. S. 52—54.

mehr in der abgewandelten Gestalt zu verbreiten, die Gierke ihr im zweiten Bande seines deutschen Privatrechts 1905 gegeben hat.[1]) Diese ist zunächst dadurch gebildet, daß aus dem Huber'schen Gewerebegriff das Element der tatsächlichen Sachherrschaft des Besitzes ganz beseitigt ist. Wohl kennt auch Gierke eine Gewere mit tatsächlicher Sachherrschaft, die leibliche Gewere. Die tatsächliche Sachherrschaft zeigt sich bei ihr an Fahrnis im unmittelbaren Brauchen und Haben, an Liegenschaften in unmittelbarer oder mittelbarer Nutzung.[2]) Gewere ist solche Machtausübung freilich erst, wenn sie als Rechtsausübung auftritt, wenn sie die Behauptung eines vorhandenen dinglichen Rechtes einschließt.[3]) Also insoweit ist alles noch ganz, wie bei Huber. Aber Gierke stellte anderseits doch die ideelle Gewere als eine von tatsächlicher Sachherrschaft unabhängige Gewere hin.[4]) So mußte sich für ihn wieder die alte Frage erheben: Ist dabei die Einheit des Gewerebegriffs aufrechtzuerhalten? Gierke beantwortete sie mit einem energischen „Ja".[5]) Das Gemeinsame der leiblichen und ideellen Gewere sieht er in einem, wenn auch nicht immer tatsächliche Sachgewalt darstellenden, so doch stets sinnlich wahrnehmbar bleibenden äußeren Verhältnis der Person zur Sache, das allemal die Behauptung eines dinglichen Rechtes ausdrücke.[6]) Mit Rücksicht hierauf nennt er die

[1]) S. 187 ff. Gierke hatte übrigens bereits 1873 in seinem deutschen Genossenschaftsrecht, Bd. II S. 137 einen interessanten Ausspruch über das Wesen der Gewere getan, insofern er hier gesagt hatte: „Immer ist in allen ihren Anwendungen und Wirkungen die Gewere weder der Gegensatz des Sachenrechts noch mit dem Sachenrecht identisch: Sie ist vielmehr eine für sich aufgefaßte bestimmte Seite des Sachenrechts, indem in ihr das formale und nach außen gekehrte Element desselben abgehoben und unter Umständen zu selbständiger Geltung gebracht wird. Unberührt bleibt von ihrem Begriff die eigentliche Substanz, die nach innen gekehrte Seite des Sachenrechts." Diese Auffassung Gierkes ist einerseits auf dem Boden der Albrecht'schen Theorie entstanden, (Vgl. oben, S. 5 f.) und mag anderseits als Vorläuferin der Huber'schen Lehre angesehen werden. Jedenfalls ist ihre dogmengeschichtliche Bedeutung, die von Gierke selbst (vgl. Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 1897 S. 2 A. 1, und Deutsches Privatrecht II, 1905, S. 189, A. 10) angegemessen bewertet ist, von Herbert Meyer (das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, 1909, S. 4) stark überschätzt.

[2]) S. 191 f. [3]) S. 191. [4]) S. 193.

[5]) S. 190, Anm. 11, S. 194. [6]) S. 188 f.

Gewere die sachenrechtliche Erscheinungsform, die allgemeine Form, in der das Sachenrecht zur Erscheinung gelangt, das Kleid des Sachenrechtes,[1]) ein äußeres Verhältnis der Person zur Sache, das von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herrschaftsrechts an der Sache anerkannt ist.[2]) Demgemäß bezeichnet er sie auch als einen selbständigen Rechtsbegriff als vom nackten Tatbestande gelöst,[3]) als ein Rechtsverhältnis.[4]) Ja, er legt ihr auch geradezu die Bedeutung eines formellen dinglichen Rechtes bei. Gierke hat also nicht bloß das Element der tatsächlichen Sachherrschaft aus dem Huber'schen Gewerebegriffe beseitigt, sondern auch dessen Formelement, das er auf der einen Seite als ein äußeres, sinnlich wahrnehmbares und darum auch tatsächliches Verhältnis anerkennt, auf der anderen Seite wieder in den Bereich des Rechtlichen hineingezogen, während allerdings das bei dem Gewerebegriffe Hubers festgestellte Element der Behauptung eines dinglichen Rechtes in dem Gierke'schen Formelement mitenthalten ist.[5])

---

[1]) S. 189. [2]) S. 187. [3]) S. 188. [4]) S. 190.

[5]) Eine eingehende Darstellung des Rechtes der Gewere bringt schließlich noch Hübner in seinen Grundzügen des deutschen Privatrechts, 1908, S. 179—201. Er lehnt sich in ihr hauptsächlich an Huber an, dessen Rechtsformtheorie er zum Teil noch näher verdeutlicht. (Vgl. namentlich S. 187 f.) Sein Endergebnis, seine Auffassung über den Gesamtcharakter der Gewere hat allerdings, wenn man die von Huber übernommenen Elemente ausscheidet, aus der bisherigen Gewereforschung wohl kaum hinreichenden Gewinn gezogen. Hübner sagt nämlich auf S. 200 f.: „Die Gewere, die um der Aufgabe willen, die sie zu erfüllen hatte, mit der römischen possessio und dem modernen Besitzbegriff in Parallele zu stellen ist, obwohl sie von ihnen beiden sich unterscheidet, war „die Gestalt, unter der das dingliche Recht verteidigt, erobert und übertragen wurde" (vgl. oben S. 33); es gab kein dingliches Recht, das nicht in einer Gewere darstellbar gewesen wäre, und jedes dingliche Recht wurde nur in der Gestalt einer Gewere anerkannt (Huber a. a. O. 20). Sie war weder Recht auf den Besitz noch auch (!), wie Albrecht meinte (! Vgl. vielmehr oben S. 10), das dingliche Recht selbst. Sondern sie war ein Formalbegriff(!): ihre wichtigste Funktion bestand darin, als formale Legitimation zur Geltendmachung des dinglichen Rechts zu dienen, das in ihr vermutet wurde, auf das zurückzugreifen aber nur dann erforderlich war, wenn man es in Zweifel zog." Zum mindesten ist hierbei, wenn man auch von der allzu vagen Bezeichnung „Formalbegriff" ganz absieht, die sog. Translativwirkung der Gewere nicht mitberücksichtigt.

So ist es eine in vielfältigem Zickzack, meist auf der monistischen Seite sich bewegende, seltener auf die dualistische Seite heruntergehende, jedenfalls aber konstante Kurve, die in der Dogmengeschichte des Gewerebegriffes gezeichnet worden ist. Durch sie wird das über so viele Jahrzehnte sich hinziehende Ringen um den Gewerebegriff, das sonst als ein chaotisches Durcheinander erscheinen könnte, in seiner genetischen und organischen Entwickelung erkannt.[1]) Anderseits bietet uns die dargestellte Genesis der Dogmen die Möglichkeit, die verschiedenen Theorien viel vollkommener als bisher systematisch zu sichten.

§ 2.

Dogmensystematik.

Um die systematische Ordnung der Geweretheorien vorzunehmen, müssen wir davon ausgehen, daß der Gewerebegriff meist monistisch, seltener dualistisch aufgefaßt worden ist.

Die Dualisten verneinen die Einheitlichkeit des Gewerebegriffes um deswillen, weil sie bei Zugrundelegung der drei Gewerearten: 1. Gewere = körperliche Sachgewalt ohne Recht, 2. Gewere = körperliche Sachgewalt verbunden mit einem Recht und 3. Gewere ohne körperliche Sachgewalt die letztgenannte Gewere als ein dingliches Recht und die körperliche Sachgewalt als Besitz ansehen. So ergibt sich für sie der Doppelbegriff einer mehrere besondere Gewerearten zusammenfassenden Gewere, nämlich Gewere = Besitz (Gewere Nr. 1 und 2) und Gewere = Recht (Gewere Nr. 2 und 3). Die Gewere Nr. 2, die körperliche Sachgewalt verbunden mit einem Recht, fällt also unter beide Kategorien. Sie ist sowohl Besitz als Recht. Dies ist der bei allen Dualisten durchweg übereinstimmende Standpunkt. Dualisten waren aber Eichhorn, Homeyer, Gerber und Stobbe. Von einander weichen sie nur ab bezüglich ihrer Auffassung von der Natur des Rechtes, welches die Gewere in ihrer einen Hauptart

[2]) Und das sollte allein schon als Erfolg betrachtet werden, der das Unternehmen einer Dogmengeschichte reichlich lohnt.

bedeuten soll. Dieses Recht wird von Eichhorn bezeichnet als ein Recht zum Schutze, zur Vertretung der Sache,[1]) von Homeyer teils als Recht zum Besitz, teils als Recht aus dem Besitze.[2]) Gerber nennt es zwar auch ein Besitzrecht, stellt es aber im übrigen als den allen einzelnen materiellen dinglichen Rechten gemeinsamen, die einzelnen Tatbestände erst zu Rechten machenden Stoff hin,[3]) der formale Natur habe. Was er unter letzterer versteht, erklärt er nicht näher. Auch Stobbe läßt jenes Recht „ein formelles Recht zu besitzen" sein. Damit meint er aber ein dem äußeren Anscheine, der Erscheinung nach bestehendes Recht zu besitzen, das er indes auch als ein Recht auf die Nutzungen bezeichnet.[4])

Die Monisten haben die Einheit des Gewerebegriffs zu finden geglaubt entweder im Besitz oder im Recht oder in beiden oder in einem Dritten.

Diejenigen, welche jede Gewere als Besitz annahmen, sahen in ihr entweder romanistischen Besitz, unter Ignorierung der Gewere ohne körperliche Sachgewalt (so die ursprüngliche gemeinrechtliche Auffassung)[5]) oder quasiromanistischen Besitz, unter Leugnung eines Teiles der Gewere ohne körperliche Sachgewalt (so Laband und Heusler der Frühere[6]) oder in freiester Weise aufgefaßten germanischen Besitz unter weitestgehender Anerkennung unkörperlicher (ideeller) Gewere (so Gaupp, Sandhaas, Sohm, Heusler der Spätere und Huber). Die Anhänger der letzteren Meinung betrachteten wiederum die ideelle Gewere entweder primär als Recht und erst sekundär als Besitz (Gaupp)[7]) oder schon von vornherein als Besitz (Sandhaas,[8]) Sohm,[9]) Heusler,[10]) Huber.)[11]) Huber nimmt hierbei insofern eine besondere Stellung ein, als seiner Ansicht nach der Besitz, um Gewere zu sein, stets mit der Behauptung eines entsprechenden Rechtes verbunden sein muß.

---

[1]) Oben S. 3. [2]) Oben S. 15. [3]) Oben S. 23 f. [4]) Oben S. 25 f.
[5]) Oben S. 1. [6]) Oben S. 28—30. [7]) Oben S. 13 f.
[8]) Oben S. 16. [9]) Oben S. 30 f. [10]) Oben S. 30 f. [11]) Oben S. 31 f.

Allemal als Recht wurde die Gewere von Albrecht, Delbrück und Rückert hingestellt. Der letztgenannte erblickte in ihr das materielle dingliche Recht im allgemeinen.[1]) Albrecht sah sie als ein hiervon verschiedenes Recht zu gerichtlicher und außergerichtlicher Vertretung der Sache, als ein Recht auf gerichtlichen und außergerichtlichen Schutz der Sache an[2]) und Delbrück betrachtete sie als ein Recht zur Beweisführung, auf den Beweisvorzug im Prozeß und damit als ein Recht auf gerichtlichen Schutz.[3])

Sowohl vermittelst des Rechts als auch vermittelst des Besitzelementes wurde eine einheitliche Gestaltung des Gewerebegriffs von Stein versucht.[4])

Dahingegen haben ohne Zuhülfenahme von Besitz oder Recht, vielmehr unter Heranziehung eines dritten Elementes monistische Lösungen des Gewereproblems geboten v. Bar, Huber und Gierke. Nach v. Bar ist die Gewere Wahrscheinlichkeit des dinglichen Rechts.[5]) Huber, der ja allerdings auf der einen Seite Anhänger der Besitztheorie ist, sieht anderseits in der Gewere die Erscheinungsform des Rechts.[6]) Letzterer Ansicht ist auch Gierke.[7]) Während aber Huber diese Erscheinungsform als reine Tatsache auffaßt, teilt Gierke ihr auch eine rechtliche Natur zu.

§ 3.

Dogmenkritik.

Überblickt man nun diese verschiedenen Meinungen, so ist man in der Lage, den größten Teil davon als unzweifelhaft unrichtig von vornherein auszuscheiden. Einzelne Ansichten betrifft das um deswillen, weil, wenn sie auch einen gewissen Kern von Wahrheit enthalten mögen, sie insoweit doch höchstens einzelne Wirkungen der Gewere zusammenfassen können, keinesfalls aber den Gesamtbegriff der Gewere zu bieten vermögen.

---

[1]) Oben S. 27. [2]) Oben S. 10, 6 u. 5. [3]) Oben S. 20.
[4]) Oben S. 26 f. [5]) Oben S. 28. [6]) Oben S. 33. [7]) Oben S. 35.

Als Theorien dieser Art sind längst richtig erkannt v. Bar's Doktrin, daß die Gewere die Wahrscheinlichkeit des dinglichen Rechtes sei, und Delbrück's Lehre, daß sie das Recht auf den Beweisvorzug bedeute.[1]) Als eine Ansicht, die wegen Berücksichtigung nur eines Teiles der Gewerewirkungen, ungeachtet gewisser richtiger Grundlagen, zu eliminieren ist, hat auch die Albrecht'sche Theorie zu gelten, daß die Gewere das Recht außergerichtlicher und gerichtlicher, defensiver und offensiver Vertretung der Sache sei. Denn, wenn sie auch sonst keinen Fehler hätte, so würde sie von den drei seit Huber als feststehend zu betrachtenden Gewerewirkungen zwar die Defensiv- und Offensivwirkung, nicht aber die Translativwirkung erklären. Es kommt hinzu, daß ihr Gewerebegriff, auf dem Boden einer allzu luftigen Abstraktion gewachsen, ein viel zu künstliches Gebilde ist, ein Recht, nicht gleichgeordnet den besonderen materiellen dinglichen Rechten, verschieden von dem materiellen dinglichen Recht im Allgemeinen, demnach kaum heimatsberechtigt im Bereich des materiellen Rechts, anderseits, weil nicht bis zum Rechtsscheinschutzanspruch[2]) entwickelt, ein Fremdling im Prozeßrecht. So erklärt sich der Widerstand, den Albrecht's Lehre seit Gaupp wenigstens bei allen selbständigen Gewereforschern gefunden hat. Man muß ihn bei aller Anerkennung der Tatsache, daß eigentlich doch Albrecht die Gewereforschung in Fluß gebracht und bis heute angeregt hat, für völlig berechtigt erklären. Albrecht's Theorie muß heute als abgetan erachtet werden. Es kann sich jetzt höchstens noch darum handeln, manch unvergänglich gutes Stück Holz, das bei ihrer Zimmerung verwandt war, für den Bau einer anderen Lehre nutzbar zu machen.

Diese andere Lehre kann aber nicht die monistische Rückert'sche Doktrin sein, daß die Gewere das dingliche Recht im

---

[1]) Vgl. Gierke, Sachenrecht § 113 Anm. 1; ebenda Anm. 30; Huber S. 54, Anm. 124.

[2]) Vgl. Heft 1 dieser „Rechtsscheinsforschungen", Begriff des Rechtsscheins, S. 15 f.

allgemeinen bedeute, ebensowenig Stein's Theorie, insofern sie den Gewerebegriff vermittelst des Rechtselementes einheitlich zu gestalten sucht, auch nicht eine der dualistischen Theorien, die sämtlich die Gewere zu einem Teile als Recht hinstellen, sei dieses Recht nun bei Eichhorn ein Recht zur Vertretung der Sache oder bei den übrigen Dualisten ein auf eine sonstige Formel gebrachtes Recht. Denn die Erkenntnis dürfte auf Grund der Huber'schen Arbeit heute mit Sicherheit gewonnen sein, daß die früher als Recht aufgefaßte Gewere, insbesondere die Gewere ohne körperliche Sachgewalt, nicht das Recht selbst, sondern höchstens die Erscheinungsform des Rechtes und zwar des materiellen dinglichen Rechtes war.

Somit entfallen die sämtlichen bisherigen dualistischen Theorien und von den monistischen bleiben nur übrig einerseits die Gruppe der Meinungen, welche die Gewere als Besitz auffassen, anderseits die Theorie der Erscheinungsform des Rechts.

Von jener Gruppe können nun aber nicht in Betracht kommen die gemeinrechtliche romanistische Besitztheorie, welche die Gewere ohne körperliche Sachgewalt ignoriert, sowie die beiden Theorien, die in quasiromanistischer Weise einen Teil der Gewere ohne körperliche Sachgewalt leugnen, nämlich die Ansicht Labands, welche namentlich Urteils-, Auflassungs- und Erbengewere, und die frühere Meinung Heuslers, die besonders Urteils- und Auflassungsgewere verneint. Denn die Existenz von Urteils-, Auflassungs- und Erbengewere als Art einer Gewere ohne körperliche Sachgewalt, einer sog. ideellen Gewere, durfte doch schon längst als ein unverrückbar feststehender Punkt der Gewerelehre angesehen werden. So hat denn auch Heusler Veranlassung genommen, seinen früheren Angriff hiergegen wieder rückgängig zu machen.[1])

Aus der Gruppe der monistischen Besitztheorien müssen aber nicht nur die Theorien des romanistischen oder quasiromanistischen Besitzes, sondern muß auch die Gaupp'sche Meinung, welche die ideelle Gewere primär als Recht und sekundär als ger-

[1]) Vgl. oben S. 31.

manischen, vergeistigten Besitz ansieht, von einer etwa möglichen engeren Wahl ausgeschlossen werden. Soweit ihr primäres Element in Betracht kommt, läßt sich dieser Lehre zunächst dasselbe entgegenhalten, was gegen die reinen Rechtstheorien spricht. Im übrigen kann ein subjektives Recht an sich niemals in einen Besitz übergehen. Das subjektive Recht an sich ist etwas Uebersinnliches. Der Besitz aber, und mag er vom objektiven Rechte noch so vergeistigt, entsinnlicht sein, bleibt stets etwas irgendwie sinnlich Wahrnehmbares, ein „äußeres Verhältnis", um mit Gierkes Worten zu reden. Darum ist es auch sehr mit Vorsicht aufzunehmen, wenn er eben mit Rücksicht auf jene vom objektiven Rechte vorgenommene Vergeistigung häufig als ein Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Wollte man darunter verstehen, er sei als solches zum Rechte geworden, so würde man den Gegensatz zwischen einem transzendentalen und einem sinnlichen Verhältnis verkennen. Ein Rechtsverhältnis mag man den Besitz auch aus dem weiteren Grunde nennen, weil er in seiner sinnlichen Wahrnehmbarkeit ein Tatbestands-Element sei es materieller sei es formaler Rechte abzugeben vermag, weil er so zu dem Körper zugehören kann, in dem das übersinnliche Recht Leben entfaltet, wie im Körper des Menschen die Seele.[1]) Demgemäß kann auf der Grundlage des Besitzes sehr wohl ein Recht entstehen und bestehen. Aber niemals ist der Besitz in dem Sinne ein Rechtsverhältnis, daß er selbst als Recht aufgefaßt werden könnte.

Immerhin würde dieses, d. h. die Auffassung eines primären Besitzes als sekundären Rechtes in Anbetracht der beiden Gründe, aus denen man den Besitz als ein Rechtsverhältnis bezeichnen mag, noch eher möglich sein, als, wie Gaupp es tut, ein primäres Recht sekundär in einen Besitz übergehen zu lassen. Das ist eine rechtsphilosophische These, die man für alle Rechte, insbesondere auch für das ältere deutsche Recht aufstellen darf. Der in seinem sachlichen Gehalte berechtigte Widerspruch, welchen

[1]) Vgl. Rechtsscheinsforschungen, Heft 1, S. 26 f.

Gerber und Stobbe der die Gewere primär als Besitz, sekundär als Recht auffassenden Sandhaas'schen Theorie mit Rücksicht auf die Unvereinbarkeit von Besitz und Recht entgegengesetzt haben, wäre also vollends der Gaupp'schen Meinung gegenüber angebracht gewesen. Deren leitender Gedanke ist auch leicht als auf einem Trugschlusse beruhend zu erkennen. Gaupp weist nämlich besonders darauf hin, daß in der Sprache des täglichen Lebens der Eigentümer gewöhnlich als Besitzer benannt wird. Dieses als ursprüngliche deutschrechtliche Eigentümlichkeit auffassend, fand er darin eine Stütze für die Konstruktion der ideellen Gewere als primären Rechtes und sekundären Besitzes. Aber jene Redeweise des Volkes ist nur ein Ausfluß des allgemeinen Strebens der Volkssprache nach Anschaulichkeit. Demgemäß hält sie sich auch da, wo sie das abstrakte, unsinnliche Recht und insbesondere das Eigentum meint, an dessen mehr oder weniger sinnenfälligen Ausdruck, den Besitz.

Zugleich mit der Gaupp'schen Theorie ist ohne weiteres als ein Ableger von ihr die Ansicht Stein's verurteilt, soweit sie die Lösung des Gewereproblems mittels des Besitzelementes versucht.

Auch die Sandhaas'sche Theorie, welche die Gewere als primären Besitz und sekundäres Recht hinstellt, kann nach Vorigem als erledigt betrachtet werden, wenigstens soweit ihr sekundärer Bestandteil in Frage kommt.

Aus der Gruppe der Besitztheorien ist somit außer der vom Rechtselement gereinigten Sandhaas'schen Ansicht nur noch ins Auge zu fassen die Besitztheorie Sohms, Heuslers des Späteren und Hubers. Von den anderen monistischen Theorien ist für eine Konkurrenz nur noch übrig geblieben die Huber-Gierke'sche Theorie der Erscheinungsform des Rechts. Es bleibt hiernach lediglich zu prüfen, ob mit der Besitztheorie oder mit der Rechtsformtheorie das Problem der Einheit des Gewerebegriffs zu lösen ist. Die beiden Theorien unterscheiden sich hauptsächlich durch ihren Ausgangspunkt. Die Besitztheorie geht aus von

der Gewere mit körperlicher Sachgewalt, die Rechtsformtheorie von der Gewere ohne körperliche Sachgewalt. Beiden entstehen keine Schwierigkeiten gegenüber der Gewere, deren körperliche Sachgewalt mit einem entsprechenden Rechte verbunden ist. Es fragt sich nur, ob die Besitztheorie auch die Gewere ohne körperliche Sachgewalt erklärt und anderseits, ob die Rechtsformtheorie nicht an einer Gewere scheitert, die bloße körperliche Sachgewalt ist. Letzteres ist in der Tat die Frage, durch welche die behagliche Ruhe gestört werden muß, die man nach den Mühen und Kämpfen um den Gewerebegriff auf dem wohlgepolsterten Lager der heute allgemein bevorzugten Rechtsformtheorie genießt. Und jene Frage scheint mir der Rechtsformtheorie ein Bedenken entgegen zu halten, dem auf den ersten Blick viel größere Erheblichkeit zukommt, als mit Rücksicht auf die heute durchgedrungene Erkenntnis der Notwendigkeit freierer Auffassung des Besitzes demjenigen Anstand prima facie zugemessen werden kann, welcher der Besitztheorie aus der Gewere ohne körperliche Sachgewalt gegenübertritt. Nach dem bisher verfolgten Prinzip, vorab die bedenklicheren Theorien auszuscheiden, werden wir darum nunmehr zunächst die Rechtsformtheorie kritisch zu betrachten haben.

Vor der Kritik kann nun zunächst die von Gierke ihr beigefügte Zutat nicht bestehen, die darin beruht, daß die Gewere als Erscheinungsform des Rechtes auch selbst ein formelles Recht sein soll. Bei der Stellungnahme zu der Gaupp'schen Meinung haben wir bereits gesehen, daß der Besitz zwar mit Vorsicht und Vorbehalt ein Rechtsverhältnis genannt werden mag und daß er zwar Grundlage, Tatbestandselement, tatsächlicher Ausdruck, Körper, Erscheinungsform des Rechts, nicht aber selbst ein Recht, auch nicht ein bloß formelles Recht sein kann. Dasselbe muß nun aber überhaupt von der Erscheinungsform des Rechtes gelten und insbesondere von der Gewere, insoweit sie Erscheinungsform des Rechtes ist. Kann daher die Rechtsformtheorie nur insoweit Beachtung finden, als man die Gewere, die Erscheinungsform des Rechtes, mit Huber rein als Tat-

bestand auffaßt, so müßte man immer noch, um der Rechtsformtheorie volle Anerkennung gewähren zu können, das gegen sie bestehende, bereits hervorgehobene Bedenken überwinden können, welches wir in der Frage ausgedrückt haben, ob die Rechtsformtheorie nicht an einer Gewere scheitert, die bloße körperliche Sachgewalt ist. Diese Frage ist aber mit aller Entschiedenheit zu bejahen.

Gewere bezeichnet in der Tat häufig die bloße körperliche Sachgewalt, d. h. eine körperliche Sachgewalt, die eben nicht als Erscheinungsform des Rechtes gedacht ist oder die gar nicht als solche gedacht werden kann.

Ersterenfalls begegnet die Gewere in der Weise, daß sie die losgelöst von der Erscheinungsform des Rechtes gedachte körperliche Sachgewalt des Berechtigten ausdrückt. Man vergleiche:

Ssp. Lehnr. 11, § 1:

> Svelk gut en man an sinen geweren nicht ne hevet unde ime nicht bewiset n'is, deme ne mach he nicht volgen an enen anderen herren, noch erven an sinen sonen. Svelk gut man aver nimt mit gewalt deme manne, unde he dat irvolget mit rechter klage, dat gut erft he an sinen sone unde volget ime selven an enen anderen herren, al darve he der gewere, of he der rechten klage getüch hevet.

Zweimal kommt hier das Wort „gewere" vor. Beide Male bedeutet es körperliche Sachgewalt, was für das erste Mal durch das jedenfalls tautologische „unde ime nicht bewiset n'is"[1]) noch klarer gestellt wird. Während aber im ersten Falle die Entbehrung der Folge- und Vererbungsbefugnis sich auf die Entbehrung der körperlichen Sachgewalt als der Erscheinungsform jener Befugnis gründet, mithin beim erstmaligen Gebrauch des Wortes Gewere außer an die körperliche Sachgewalt als solche auch an ihre Funktion als Erscheinungsform des Rechtes gedacht sein mag, liegt ein solcher Gedanke im

[1]) Beweisen hier = einweisen in den körperlichen Besitz.

zweiten Falle völlig fern. Hier wird vielmehr trotz des Fehlens der Gewere als körperlicher Sachgewalt die Folge- und Vererbungsbefugnis zugesprochen, und zwar weil in diesem Falle eine durch Zeugen vorzuführende Erscheinungsform auch ohne eine in körperlicher Sachgewalt beruhende Gewere vorhanden ist, (al darve he der gewere!) Somit ist in diesem Falle die Gewere als eine bloße körperliche Sachgewalt gedacht, die nicht Erscheinungsform des Rechtes ist.

Dasselbe gilt von der Anwendung des Wortes Gewere in Ssp. Lehnr. 22 § 4:

> Svar aver dem manne sin gut mit gewalt genomen wert, die sal sine klage jarlikes vernien, durch dat he der gewere darvet.

Die Gewere, welcher hier der Berechtigte darbt, ist eine Gewere, die er bisher hatte und die mit der jetzt in den Händen des Entwerers befindlichen bloßen körperlichen Sachgewalt identisch ist. Daß sie, so lange sie beim Berechtigten war, bloße körperliche Sachgewalt bedeutete, geht daraus hervor, daß trotz ihres Verlustes der Entwerte die Erscheinung seines Rechtes nicht entbehrt, so daß er in der Lage ist, dieses durch Klage geltend zu machen. Und daß sie noch jetzt beim Entwerer lediglich körperliche Sachgewalt ist, folgt aus dem Grunde, aus welchem der Entwerte sich veranlaßt sehen soll, seine Klage jährlich zu erneuern. Hierdurch soll er nämlich verhüten, daß die beim Entwerer befindliche bloße körperliche Sachgewalt durch längeren Bestand zur Erscheinungsform des Rechtes wird.

Einen gleichartigen Beweis für eine Gewere, die als eine von der Erscheinungsform des Rechtes losgelöste körperliche Sachgewalt des Berechtigten gedacht ist, liefert Schwäb. Lehnr. 96:

> swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen.

Dies soll offenbar nur heißen, man könne dem Berechtigten die bloße Sachgewalt, die Gewere in diesem Sinne, nehmen, ohne

daß er dadurch die Gewere im Sinne der Erscheinungsform seines Rechtes, und zwar hier seines Lehnrechtes, verliere.

Allemal überhaupt, wo in den Quellen eine Gewere des Dejektus als fortbestehend anerkannt und er trotzdem als „entwert" bezeichnet wird,[1]) ist einerseits die ihm verbleibende Gewere als Erscheinungsform seines Rechtes, anderseits die hiermit in seiner Hand vereinigt gewesene, sodann aber davon getrennte, von einem anderen an sich gerissene bloße Sachgewaltsgewere gemeint.

Indem die letztere sich jetzt beim Entwerer befindet, liegt bereits ein Fall vor, in welchem die Gewere als Erscheinungsform des Rechtes gar nicht gedacht werden kann. Eine derartige Auffassung der Gewere ist überhaupt unmöglich, insoweit die Gewere als körperliche Sachgewalt von Personen vorkommt, die offenkundiger Weise kein entsprechendes Recht an der Sache haben. Dieses kann von vornherein offenkundig sein oder erst im Laufe eines Prozesses offenkundig werden. In ersterer Hinsicht ist zu unterscheiden, daß die betreffenden Personen entweder befugt oder unbefugt die in bloßer körperlicher Sachgewalt beruhende Gewere an der Sache haben.

Zu den eine Gewere als bloße körperliche Sachgewalt befugtermaßen ausübenden Personen können gehören gewillkürte und gesetzliche Vertreter. Als gewillkürter Vertreter namentlich der Verwalter, der Amtmann,[2]) insoweit es von vornherein offenkundig ist, daß er eben nur als solcher die betreffende Sache innehat. In gewissem Sinne als gewillkürter Vertreter hat auch der Veräußerer eines Grundstückes, der es aufgelassen, aber die körperliche Gewalt daran noch nicht übertragen hat, eine in bloßer körperlicher Sachgewalt bestehende Gewere behalten. Denn immerhin hat er diese auf Grund einer Art von constitutum possessorium[3]) nur noch als Vertreter des Erwerbers inne und zwar mit dessen Willen und in offenkundiger Weise. Als gesetzliche Vertreter können eine nur

[1]) Vergl. z. B. Bayr. Landr. c. 203 u. 205.
[2]) Vgl. Ssp. Lehnr. 62, unten S. 49.
[3]) So schon richtig Sandhaas. Vgl. oben S. 17.

körperliche Sachgewalt darstellende Gewere besonders Vormünder haben, wenigstens die nicht zu eigener Sachnutzung berechtigten Vormünder, also namentlich die Altersvormünder des späteren Rechts;[1]) ebenso die Vorstände juristischer Personen.[2]) Vorausgesetzt ist dabei allerdings wiederum, daß die in den Händen solcher gesetzlichen Vertreter befindliche Sachgewalt sich von vornherein als bloß vertretungsweise ausgeübt kundgab, was doch der regelmäßige Fall gewesen sein dürfte.

Dafür daß jemand der bezüglich der Sache keinerlei Recht hat, offensichtlich unbefugtermaßen an ihr eine in bloßer körperlicher Sachgewalt beruhende Gewere haben kann, ist z. B. ein durchschlagender Beleg.

Ssp. II, 35:

> Die hanthafte dat is dar, svar man enen man mit der dat begript, oder in der vlucht der dat oder düve oder rof in sinen geweren hevet, dar he selve den slotel to dreget.

Von einer Gewere als Erscheinungsform des Rechtes ist hier nicht die Rede, nur von einer Gewere als körperlicher Sachgewalt, da es ja als handhaft, als von vornherein offenkundig hingestellt wird, daß der Besitzer der Sache sie als Dieb oder als Räuber innehat. Ein typischer Beispielsfall für die sofort als bloße körperliche Sachgewalt zu erkennende Gewere eines rechtlosen Entwerers!

Hatten wir es im Vorigen mit Fällen zu tun, in welchen es von vornherein offenkundig war, daß derjenige, dem eine in körperlicher Sachgewalt bestehende Gewere zugesprochen ist, kein Recht an der Sache hat, mit Fällen also, in welchen die Gewere von vornherein nicht als Erscheinungsform des Rechtes, sondern nur als körperliche Sachgewalt in Betracht kommen kann, so kann anderseits eine Gewere ihre Bewertung als Erscheinungsform des Rechtes unter Umständen auch erst im Laufe eines Prozesses verlieren, kann möglicherweise erst während

[1]) Vgl. Albrecht, oben S. 7 Anm. 4. [2]) Vgl. Albrecht, S. 255 f.

eines solchen ihre wahre Natur als bloße körperliche Sachgewalt offenkundig werden, und zwar ohne daß sie dadurch aufhörte Gewere zu sein. Dieses kann erstens in Fällen geschehen, in welchen der Inhaber derartiger Gewere sie zunächst befugtermaßen ausgeübt, nachträglich aber die Befugnis verloren hat; zweitens in Fällen, in welchen er eine Befugnis niemals gehabt hat.

Ein aus vielen herausgegriffenes Beispiel für Fälle der ersteren Art ist

Ssp. Lehnr. 62:

> § 1: Niemann ne mach sime herren gut mit der gewere entvören des ammechtman he is, of he't eme to lene seget, went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet. — § 2: Liet aver ime die herre gut des he ime sint nicht bekant, dat mut he getügen, alse jene die der gewere darvet, mit den die't sagen unde horden.

Die Stelle denkt an einen Prozeß, in welchem ein Herr gegen seinen Verwalter auf Rückgabe eines bestimmten in dessen Gewere gegebenen Gutes klagt. Der Herr macht also geltend, daß infolge seines Widerrufes (des he ime sint nicht bekant) der Verwalter die Befugnis zur Inhabung der Gewere verloren habe. Der Verwalter wendet gegen die Klage ein, daß er an dem Gute ein Lehnrecht habe (of he't eme to lene seget), also wohl, daß er das Gut von dem Herrn zu Lehen erhalten habe. Gegenüber einem Gerichte, welches die bloße Verwalterstellung des Beklagten in Ansehung des streitigen Gutes nicht von vornherein kennt, würde nun die Gewere des Beklagten, weil die Gewere regelmäßig Erscheinungsform des dinglichen Rechtes ist, zunächst nicht bloß als körperliche Sachgewalt gelten, sondern auch die Wahrscheinlichkeit für sich haben, Erscheinungsform des vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechts zu sein. Wegen dieser Wahrscheinlichkeit würde der Beklagte mangels weiterer vom Kläger unter Beweis gestellter Substanziierung der Klage befugt sein, die Erscheinungsform seines Lehnrechtes zu beschwören. Um dem zu begegnen, sieht sich der

Kläger, welchem die körperliche Sachgewalt als Erscheinungsform seines Rechtes, welchem also die Gewere in diesem Sinne fehlt, vor die Notwendigkeit gestellt, eine auch ohne seine körperliche Sachgewalt vorhandene Erscheinungsform seines Rechtes wahrscheinlich zu machen. Das tut er, indem er Zeugen benennt, die es gesehen und gehört haben sollen, daß er all sein Gut dem Beklagten als seinem Amtmann in die Gewere befohlen habe. Wie damit einerseits, trotzdem der Herr nicht die körperliche Sachgewalt hat, eine Erscheinungsform seines Rechtes an dem mit der Klage herausverlangten Gute wahrscheinlich gemacht ist, so ist dadurch anderseits wahrscheinlich geworden, daß die Gewere des Beklagten bloß körperliche Sachgewalt, nicht Erscheinungsform eines dinglichen Rechtes des Beklagten ist. Indem so die Wahrscheinlichkeit eines Lehnrechts des Beklagten entfallen ist, muß ihm auch die Befugnis versagt werden, eine solche Erscheinungsform, oder kurz, aber nicht ganz genau ausgedrückt, sein Lehnrecht zu beschwören, und der Kläger käme dazu, den angebotenen Zeugenbeweis zu führen und dadurch die von ihm wahrscheinlich gemachte Erscheinungsform seines Anspruches zur Feststellung zu bringen. So erklärt sich § 1. Daß der Kläger den angebotenen Zeugenbeweis führt, er habe dem Beklagten, wie es hier heißt, „al sin gut in sine gewere bevolen", daß also der Kläger die Erscheinungsform seines Rechtes zur Feststellung bringt, kann aber der Beklagte dadurch verhindern, daß er seinerseits, gerade wie der Kläger, alse jene die der gewere darvet, einen Zeugenbeweis antritt. Und zwar muß er zu dem Zwecke Zeugenbeweis für eine positive Tatsache anbieten, welche die vom Kläger unter Beweis gestellte Tatsache widerlegt und eine Erscheinungsform des Rechtes des Beklagten darstellt. Eine solche Tatsache ist die durch den Kläger an den Beklagten erfolgte Hingabe des streitigen Gutes als eines Lehens. Behauptet der Beklagte diese Tatsache und benennt er dafür Zeugen, so stehen sich allerdings zwei einander widerstreitende Tatsachen gegenüber, deren jede unter Zeugenbeweis gestellt ist. Aber trotzdem oder vielmehr

gerade deshalb spricht jetzt ein Mehr von Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer Erscheinungsform des Lehnrechtes des Beklagten. Denn infolge der wahrscheinlichkeits-paralysierenden Kraft, welche in Gestalt der Zeugenbenennung des Beklagten dem Beweisantritt des Klägers entgegengesetzt ist, vermag auch die Gewere des Beklagten von ihrer Degradation zu scheinbar bloßer körperlicher Sachgewalt sich wenigstens insoweit zu erholen, daß sie für die vom Beklagten unter Zeugenbeweis gestellte Tatsache einen Nährboden abgibt, auf welchem für diese die Wahrscheinlichkeit erwächst, Erscheinungsform des Lehnrechts des Beklagten zu sein. Folge solcher Wahrscheinlichkeit ist dann, daß der Beklagte zu dem von ihm angetretenen Zeugenbeweise verstattet wird, der Kläger habe ihm das Gut zu Lehen gegeben. Natürlich muß ihm dann aber auch dieser Beweis gelingen, es muß also die Erscheinungsform seines Rechtes auch wirklich festgestellt werden, wenn er siegen will. So erklärt sich als Gegensatz von Ssp. Lehnr. 62 § 1 der § 2 daselbst:

> Liet aver ime die herre gut, des he ime sint nicht bekant, dat mut he getügen alse jene die der gewere darvet mit den diet sagen unde horden.

Jedenfalls ersehen wir aus Vorigem, daß wenn es in § 1 a. a. O. heißt, der Amtmann ne mach sime herren gut mit der gewere entvören, diese Bestimmung nur darauf sich gründet, daß die hier erwähnte Gewere des Amtmanns nicht als Erscheinungsform des Rechtes, sondern als eine im Prozeß festgestellte bloße körperliche Sachgewalt gedacht ist. Im gleichen Sinne ist die Gewere gemeint, in welche der Herr nach § 1 cit. al sin gut bevolen hevet, ebenso die Gewere, welcher nach § 2 a. a. O. der Kläger darvet.

Wie nun eine ursprünglich befugtermaßen ausgeübte Gewere im Verlaufe eines Prozesses, ohne daß dadurch ihrem Gewerecharakter Eintrag getan wird, als bloße körperliche Sachgewalt wahrscheinlich gemacht bezw. auf der Grundlage dieser Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, so auch eine Gewere, zu der niemals eine Befugnis bestand. Die Wahrscheinlich-

machung bezw. die Feststellung solcher Gewere als bloßer körperlicher Sachgewalt begegnet als Brechen der Gewere, was nichts Anderes bedeutet, als ein einstweilen ohne Vernichtung der Gewere als körperlicher Sachgewalt stattfindendes Brechen der Gewere, soweit sie wahrscheinliche Erscheinungsform des Rechtes ist. Man vergleiche:

Ssp. II 24 § 1:

> Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage, dar he selve to jegenwarde si.[1][2])

Das Brechen der Gewere und das Ausweisen aus der Gewere bezieht sich hier also auf zwei ganz verschiedene Bedeutungen der Gewere. Nachdem die Gewere, soweit sie als Erscheinungsform eines dinglichen Rechtes in Betracht kommt, gebrochen ist und somit nur noch eine in bloßer körperlicher Sachgewalt bestehende Gewere übrig geblieben ist, kann nunmehr das Ausweisen aus der letzteren von Gerichtes halben stattfinden.

Die Feststellung, daß die Gewere des Beklagten nicht als Erscheinungsform des Rechtes, sondern nur als körperliche Sachgewalt gelten kann, ist natürlich als Brechen der Gewere auch in den Fällen zu bezeichnen, in welchen der Beklagte ursprünglich befugtermaßen die Gewere als körperliche Sachgewalt ausgeübt, nachträglich aber diese Befugnis verloren hat. Auch in solchen Fällen kann dann nach erfolgtem Brechen der Gewere als Erscheinungsform ein Ausweisen aus der Gewere als bloßer körperlicher Sachgewalt geschehen.

Dieses Ausweisen kann aber allemal erst erfolgen, wenn das durch die Beweisführung des Klägers als afgetügen, afgewinnen bewirkte Brechen der Rechtsformgewere durch End-

---

[1]) Ebenso Rechtsb. n. Dist. I 46, 9.

[2]) Was hier Brechen der Gewere heißt, wird Ssp. II 24 § 2 de gewere af getügen, afgewinnen genannt: Dar um ne mut man niemanne mit rechte sine gewere af getügen, jeneme die de gewere hevet, se ne werde yme af gewunnen dar he to antwerde si, oder he ne werde darumme beklaget unde geladet to sinen rechten degedingen.

urteil festgestellt ist. Das ist das verdelen der gewere.[1]) Wenn hierdurch der Beklagte, wie Ssp. II 24, § 2 sagt, „mit rechte" „der were geloset" ist, so ist unter dieser Gewere natürlich nur die Gewere als Erscheinungsform des Rechtes zu verstehen. Die Gewere als bloße Sachgewalt hat der Beklagte immer noch. Und um diese ihm zu nehmen, muß er eventuell auf Grund des Urteils, wie es Ssp. a. a. O. § 1 heißt, „von gerichtes halven" „ut sinen geweren wisen" werden.

So dürfte es hinreichend bewiesen sein, daß die Gewere häufig als bloße körperliche Sachgewalt begegnet, oft nicht Erscheinungsform des Rechtes ist. Damit aber ist der Rechtsformtheorie als einer monistischen Theorie der Boden entzogen.

Nun könnte man vielleicht versuchen, ihren Monismus doch noch in der Weise zu halten, daß man die Gewere, insoweit sie bloße Sachgewalt ist, als einen rein faktischen unjuristischen Begriff hinstellt, der für das Gewereproblem ausscheiden müsse, weil dieses es nur mit dem Rechtsbegriffe der Gewere zu tun habe.[2]) Ein solcher Versuch würde aber verfehlt sein. Die Gewere bleibt vielmehr auch als bloße faktische Sachgewalt ein juristischer Begriff, da sie auch als solche mancherlei rechtliche Funktionen und Wirkungen hat. Die Gewere als bloße körperliche Sachgewalt des dinglich Berechtigten, mag sie auch, wie wir sahen,[3]) begrifflich von der Erscheinungsform seines Rechtes geschieden werden können, ist doch mit dieser Erscheinungsform aufs engste verbunden, wie der Avers mit dem Revers eines Münzstückes. Und auch die Gewere, welche bloße körperliche Sachgewalt eines Nichtberechtigten ist, sei es eines zur Innehabung befugten[4]), sei es eines dazu nicht befugten Nichtberechtigten,[5]) muß doch noch dazu dienen, die in diesen Fällen dem Berechtigten verbleibende, in der Erscheinungsform seines Rechtes bestehende Gewere zu vermitteln. Würde weder der Berechtigte noch ein Nichtberechtigter

---

[1]) Vgl. Ssp. II 24 § 1 und § 2. [2]) Vgl. hierzu Heusler, Gewere S. 114 f.
[3]) Vgl. oben S. 45 ff. [4]) Z. B. eines gewillkürten oder gesetzlichen Vertreters. Vgl. oben S. 47 f. [5]) Z. B. eines Diebes, Räubers, eines Inhabers, dessen Innehabungsbefugnis ihr Ende erreicht hat. Vgl. oben S. 48 ff.

befugter- oder unbefugtermaßen die Gewere als körperliche Sachgewalt haben, so würde auch dem Berechtigten die Gewere als Erscheinungsform des Rechtes fehlen. Es ist beispielsweise selbstverständlich, daß der Berechtigte, dessen bewegliche Sache verloren ist und in niemandes körperlicher Sachgewalt sich befindet, keinerlei Gewere mehr daran hat, auch nicht eine Gewere, die bloß Erscheinungsform des Rechtes ist. Und ebensowenig kann an einem Grundstücke sein Eigentümer die Gewere als Erscheinungsform des Rechtes behalten haben, wenn bereits seit langem, etwa seit Jahren, weder er noch auch befugt oder unbefugt ein Nichtberechtigter körperliche Besitzhandlungen, Sachgewaltshandlungen an dem Grundstück ausgeübt hat. Man sieht also, daß selbst die Gewere, welche bloße körperliche Sachgewalt des Dejizienten ist, in der Tat noch dazu dienen muß, die Gewere, die als bloße Erscheinungsform des Rechtes beim Berechtigten verbleibt, zu vermitteln. Um wie viel mehr ist das zu sagen von der bloßen Sachgewaltsgewere eines zur Innehabung Befugten, namentlich eines Vertreters und insbesondere des Verwalters. Indem so die reine Sachgewaltsgewere die Aufgabe erfüllte, eine nicht in körperlicher Sachgewalt bestehende Gewere,die Gewere als Erscheinungsform des Rechtes, zu vermitteln, funktionirte sie ähnlich, wie das moderne Institut der Besitzdienerschaft, indem auch dieses einen nicht in körperlicher Sachgewalt bestehenden Besitz vermittelt. Schwerlich wird man der Besitzdienerschaft den Charakter eines juristischen Begriffes abstreiten. Auch für die bloße Sachgewaltsgewere muß er in Anspruch genommen werden. Dafür sprechen noch drei weitere Gründe.

Zunächst wird nämlich die Sachgewaltsgewere in der Hand des Nichtberechtigten, der sie nicht für den Berechtigten, sondern für sich selbst ausübt, wie schon berührt wurde,[1]) nach Ablauf von Jahr und Tag zur Erscheinungsform des Rechtes. Diese Umwandlung ist es, welche in der fortan Platz greifenden Benennung „rechte Gewere" bezeichnenden Ausdruck findet. Der

[1]) Vgl. oben S. 46.

Vollzug der Umwandlung aber stellt eine juristische Wirkung der bloßen Sachgewaltsgewere dar.

Ferner entbehrt letztere auch nicht eines gewissen rechtlichen Schutzes. Wohl wurde sie, wenn man von dem gegen Ende des Mittelalters erfolgenden Eindringen eines Possessoriums absieht, nicht gerichtlich um ihrer selbst willen geschützt. Trotzdem ergab sich für sie ein rechtlicher Schutz ohne weiteres insofern, als dem Berechtigten, der zu seiner Sache kommen wollte, gegenüber dem unbefugten Inhaber der Sachgewaltsgewere offensive Selbsthülfe verboten war.[1]) Dieses Selbsthülfeverbot war ja ganz gewiß einesteils als ein rechtlicher Schutz derjenigen Sachgewaltsgewere gemeint, die als scheinbare Erscheinungsform des Rechtes in Betracht kam, so z. B. in Ssp. II 24 § 1.[2]) Wir haben[3]) gesehen, daß hier bestimmt ist, man solle niemanden von Gerichteshalben aus seiner Sachgewaltsgewere ausweisen, bevor nicht die mit ihr zunächst gegebene scheinbare Erscheinungsform des Rechtes mit rechter Klage gebrochen sei. Hierin steckt natürlich erst recht das Verbot des Ausweisens eines anderen aus seiner Sachgewaltsgewere im Wege einer von aller Gerichtshülfe absehenden Selbsthülfe.[4]) Ein solches Selbsthülfeverbot ist dann aber dazu berufen, eine Sachgewaltsgewere als scheinbare Erscheinungsform des Rechtes zu schützen. Gleichwohl enthält das Verbot, welches dem dinglich Berechtigten gegenüber dem unbefugten Inhaber der Sachgewaltsgewere offensive Selbsthülfe versagte, wenigstens insofern auch einen rechtlichen Schutz bloßer Sachgewaltsgewere, als es den Landfrieden zu sichern bestimmt war, der ja durch eigenmächtiges Vorgehen des Berechtigten gegen den Inhaber einer Sachgewaltsgewere nicht minder als sonst dann gefährdet war, wenn diese Sachgewaltsgewere offenkundig rechtlose, bloße körperliche Sachgewalt war. Als Beispiel für ein auf den Schutz des Landfriedens zielendes und damit auch eine Gewere als bloße körper-

[1]) Vgl. Heusler S. 219 f. [2]) Vgl. oben S. 52. [3]) Vgl. oben S. 52.
[4]) Vgl. auch Heusler S. 219 f.

liche Sachgewalt rechtlich schützendes Selbsthülfeverbot mag hier angeführt werden:

Treuga Henrici[1]) c. 12:

Nullus a possessione rerum quas possidet ejicietur nisi possessio ab eo in juditio evincatur.

Schließlich hat die bloße Sachgewaltsgewere auch noch die juristische Wirkung, daß ihr Inhaber für die Klage auf Herausgabe der Sache passiv legitimiert ist.

Demnach kann jene Gewere keineswegs als ein unjuristischer Begriff angesehen werden. Und selbst wenn sie der juristischen Eigenschaft ermangelte, so würde sie doch vermittelst der Gewere, in der sich Sachgewalt und Erscheinungsform des Rechtes begegnen, mit dem juristischen Begriffe der Gewere in derartig enger Verbindung stehen, daß es unvermeidlich wäre, sie bei der Bestimmung des Gewerebegriffs mit heranzuziehen.

Man kommt somit um das Ergebnis nicht herum, daß die Rechtsformtheorie, welche ja die bloße Sachgewaltsgewere weder erklärt noch überhaupt berücksichtigt, als monistische nicht zu halten ist.

Da wäre es vielleicht eher möglich, auf dem Wege der Besitztheorie einen monistischen Gewerebegriff zu finden. Hierzu könnte zwar die Besitztheorie nur dann führen, wenn das ihr von Huber eingefügte Element der mit dem Besitz verbundenen Rechtsbehauptung wieder ausgeschieden würde. Wenn nämlich Huber meint, daß die Gewere frei aufgefaßte tatsächliche Herrschaft, frei aufgefaßter Besitz, verbunden mit der Behauptung eines entsprechenden Rechtes, sei, so ist das im Grunde nichts Anderes, als eine verkappte Rechtserscheinungs-, Rechtsformtheorie.[2]) Ihr läßt sich darum auch alles entgegenhalten, was gegen die offene Rechtsformtheorie einzuwenden war.

---

[1]) Mon. Germ. hist. Sect IV Bd. II 1896, S. 398ff.

[2]) Woraus sich dann auch erklärt, daß Huber einerseits Anhänger der Besitztheorie, anderseits der Begründer der Rechtsformtheorie ist.

Will man aber auch ganz von den Beziehungen absehen, in welchen die Huber'sche Auffassung der Gewere als des mit Rechtsbehauptung verbundenen Besitzes zu der Rechtsformtheorie steht, so kann jene Auffassung ein Hindernis nicht aus dem Wege räumen, welches ihr aus der raublichen, dieblichen Gewere der Quellen erwächst. Huber[1]) möchte es zwar dadurch beseitigen, daß er die Bezeichnung raubliche Gewere aus der nachträglichen Entlarvung des zunächst ebenfalls mit der Behauptung eines Rechtes auftretenden Räubers erklärt. Huber beruft sich hierfür auf:

Ssp. II 25:

> Wirt aver en man beklaget umme roflike gewere, dat man die hanthaften dat bewisen mach, unde die richtere mit deme gerüchte dar to geladet, de richtere sal volgen to hant, unde richten deme klegere umme den rof unde over den rovere unde over sine unrechten vullest aller erst. Tu hant dar na sal he yne geweldigen siner gewere, of iene uppe den die klage gat nicht ne weder redet mit rechte.

Hier wird ja allerdings schließlich ein „Widerreden", eine Rechtsbehauptung des Beklagten berücksichtigt. Das ist aber ein Widerreden „mit rechte". Es handelt sich dabei also um einen Fall, in welchem der Beklagte in der Lage ist, sein Recht an der Sache nachzuweisen, um einen Fall, in welchem er zeigen kann, daß er die Sache nicht geraubt hat, daß seine Gewere an an der Sache keine raubliche ist. Demgemäß läßt sich das in der Stelle erwähnte „Widerreden" des Beklagten nicht dafür verwerten, daß auch die raubliche Gewere als die Gewere eines zunächst mit einer Rechtsbehauptung auftretenden und erst nachträglich entlarvten Räubers gedacht sei. Was von der Stelle übrig bleibt, also ihr erster Satz, ist m. E. vielmehr ein Beweis dafür, daß die raubliche Gewere deshalb so genannt ist, weil

[1]) A. a. O. S. 44.

sie vom Standpunkte des Klägers aus gesehen, weil mithin die Raublichkeit der Gewere als Klagegrund in Betracht gezogen ist („beklaget umme roflike gewere"!), sogar als Klagegrund, dessen Vorhandensein sofort durch den Beweis handhafter Tat dargetan werden kann. Daraus folgt, daß in Ssp. II 35 die raubliche Gewere nicht im Hinblick auf die nachträgliche Entlarvung des zunächst mit der Behauptung des Rechts auftretenden Räubers benannt sein kann.

Außer Ssp. II 35 citiert Huber noch Sschwsp. (L) 76 II. Dort heißt es:

> wirt aber ēi man beklaget umb eyn raubliche gewer dannan (da man) schynbare getate beweysen mag. Unnd wirt der richter mit recht dar zu geladet der richter sol czu hand uber den rauber richten. Wir heyssen das raublich gewere, wa czwen um eyn gut unnd sich seyn der eyn underwindet oder sy beyde ane gerichte die tund wider dem gerichte.

Die Stelle beruht auf der vorigen, ergibt aber vielleicht noch deutlicher, als jene, daß die raubliche Gewere nicht mit Rücksicht auf eine nachträchliche Feststellung des Raubes ihren Namen erhalten hat. Sie zeigt, daß diese Benennung eine Gewere im Auge hat, die, weil aus einer Unterwindung ohne Gerichtshülfe, modern gesprochen, aus „verbotener Eigenmacht" herrührend, als durch „scheinbaren" Raub erworben, mithin prima facie als raubliche Gewere sich darstellt.

Huber ist somit nicht in der Lage, durch den Hinweis auf Ssp. II 25 und Schwsp. (L) 76 II das Hindernis zu überwinden, welches aus der raublichen Gewere der Quellen der Meinung entgegentritt, daß die Gewere ein mit einer Rechtsbehauptung verbundener Besitz sei. Ja, solche Auffassung wird durch die beiden Stellen geradezu entkräftet. Vollends aber wird sie ohne weiteres widerlegt durch

Ssp. II 35:

> Die hanthafte dat is dar, swar man enen man mit der dat begript, oder in der vlucht der dat, oder düve

oder rof in sinen geweren hevet, dar he selve den slotel to dreget.

Hier ist die Rede von einer Gewere, die bloßer Besitz ist, Besitz, mit dem keineswegs eine Rechtsbehauptung verbunden ist. Der Inhaber der Gewere, der Besitzer, denkt so wenig daran, ein entsprechendes Recht an der Sache zu behaupten, daß er vielmehr den Besitz der Sache sorgfältig verheimlicht und selbst den Schlüssel zu ihrem Gewahrsam bei sich trägt. Das ist gerade das Gegenteil einer Rechtsbehauptung, ist Verneinung eines eigenen Rechts.

Hiernach kann die Besitztheorie nur noch in der Gestalt Beachtung finden, in welcher sie von Sohm und Heusler dem Späteren aufgestellt worden ist, in der Gestalt, in welcher sie bei Huber nach Abstoßung des Elementes der Rechtsbehauptung übrig bleibt, nämlich als eine Theorie, welche jede Gewere schlechtweg als Besitz, als einen von keinem weiteren Elemente begleiteten Besitz betrachtet, natürlich, mit Rücksicht auf die ideelle Gewere, als frei aufgefaßten Besitz.

Eine große Schwierigkeit für eine solche Besitztheorie wäre es nun aber, wenn jemand eine ideelle Gewere erlangen oder behalten könnte, ungeachtet der tatsächlichen Herrschaft einer nicht zur Herausgabe bereiten anderen Person.[1]) Huber sucht die Schwierigkeit einfach dadurch zu umgehen, daß er einer solchen Herrschaft gegenüber eine ideelle Gewere überhaupt nicht anerkennt und für unmöglich erklärt. Er hat dieses eingehend für die Auflassungs- und Erbengewere und etwas obenhin für die sonstigen Fälle ideeller Gewere ausgeführt.

[1]) Sohm teilt zwar dieses Bedenken nicht. (a. a. O. S. 111). Er läßt z. B. durch Auflassung eine als Besitz zu behandelnde ideelle Gewere des Erwerbers auch dann entstehen und fortbestehen, wenn ein herausgabeweigernder Dritter den tatsächlichen Besitz hat. Nur soll die ideelle Gewere, der ideelle Besitz dann relativer Natur sein d. h. nur dem Veräußerer, nicht dem Dritten gegenüber Platz greifen. Aber insoweit der Besitz, wie hier, als eine dem dinglichen Rechte entsprechende tatsächliche Herrschaft in Betracht kommt, ist er begrifflich etwas Absolutes, ein jedermann gegenüber bestehender tatsächlicher Zustand. Römisches und deutsches Recht machen dabei nicht, wie Sohm meint, einen Unterschied, da es sich um den Besitz als rechtsphilosophischen Begriff handelt.

Der bezügliche Gedankengang Hubers ist jetzt zunächst festzustellen und, um überhaupt einer eigentlichen Kritik unterworfen werden zu können, von einigen offen zu Tage liegenden Inkonsequenzen zu reinigen.

Im Falle der Auflassung läßt Huber die ideelle Gewere des Erwerbers ausgeschlossen werden durch die tatsächliche Herrschaft entweder eines herausgabeweigernden Dritten oder des herausgabeweigernden Veräußerers.

Die Ausschließung der ideellen Auflassungsgewere durch die körperliche Herrschaft eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten scheidet er wieder in zwei Fälle. Gemeinsam ist ihnen, daß er die tatsächliche Herrschaft des Dritten auf Besitzeinräumung durch den Veräußerer zurückführt. Der Unterschied besteht darin, daß diese Besitzeinräumung im einen Falle vor, im anderen nach der für die Begründung der fraglichen ideellen Gewere in Betracht kommenden Auflassung stattgefunden hat.[1]) Hiernach sollte man annehmen, daß Huber die Ausschließung der ideellen Auflassungsgewere durch den Besitz des Dritten im einen Falle als Gewerehinderung, im anderen als nachträgliche Gewerevernichtung aufgefaßt wissen wolle. Dem würde es aber widersprechen, daß er neben dem Besitz des Dritten auch dessen Herausgabeweigerung, dessen „Widerspruch" als für die Ausschließung der ideellen Auflassungsgewere wesentlich erachtet. Und hiernach sollte man wiederum erwarten, daß allemal, wenn der in der tatsächlichen Herrschaft befindliche Dritte erst nach der fraglichen Auflassung die Herausgabe weigert, — also im zweiten der genannten beiden Fälle stets, im ersten Falle doch wohl regelmäßig — die mit der Herausgabeweigerung sich vollziehende Ausschließung der ideellen Auflassungsgewere eine nachträg-

[1]) Huber a. a. O. S. 35 sagt: „Einmal war es möglich, daß das Gut sich tatsächlich in dem Besitze eines Dritten befand, sei es, daß der Veräußerer schon bei der Übertragung auf den Erwerber den Besitz nicht besessen — es war z. B. einem Dritten verpfändet — oder daß er das Gut einem ersten aufließ und nachher einem zweiten, und zwar diesem letzteren unter körperlicher Einweisung."

liche Gewerevernichtung sei. Aber Huber läßt die der Auflassung nachfolgende Herausgabeweigerung des Dritten merkwürdiger Weise nicht ex nunc, sondern ex tunc wirken. Er spricht ihr eine auf den Augenblick der Auflassung zurückgreifende rückwirkende Kraft zu[1]) und nimmt so, wenn man ihn beim Worte fassen darf, in jedem Falle Gewerehinderung durch den Besitz und die Herausgabeweigerung des Dritten an, also auch eine Gewerehinderung durch den erst später begründeten Besitz und durch die noch später erfolgende Herausgabeweigerung eines Dritten. Das aber ist m. E. ganz verfehlt. Will man sich einmal auf den Standpunkt Hubers stellen, so bleibt nichts übrig, als, wie bereits angedeutet ist, im zweiten der erörterten beiden Fälle stets, im ersten Falle regelmäßig eine nachträgliche Gewerevernichtung durch die Herausgabeweigerung des in tatsächlichem Besitz befindlichen Dritten zu vertreten. Nur wenn in dieser Weise die Huber'sche Ansicht korrigiert wird, kann sie überhaupt für eine weitere Diskussion in Betracht kommen.

Eine Ausschließung der ideellen Auflassungsgewere durch fortbestehenden körperlichen Besitz des die Herausgabe verweigernden Veräußerers läßt Huber nur dann Platz greifen, wenn sich der Besitz des Veräußerers ohne eine zwischen seinen früheren und weiteren Besitz eingeschobene sessio triduana des Erwerbers fortsetzt. Und zwar bekleidet er die Herausgabeweigerung des Veräußerers wiederum mit einer auf den Zeitpunkt der Auflassung zurückwirkenden Kraft,[2]) was abermals unrichtig und zu verbessern ist.

---

[1]) Er bezieht es nämlich gerade auch auf eine der Auflassung nachfolgende Herausgabeweigerung eines im tatsächlichen Besitze befindlichen Dritten, wenn er S. 35 sagt: „war der Empfänger bei solcher Lage nicht in den Stand gesetzt, sich einseitig des Gutes zu bemächtigen, so gab ihm die Auflassung oder der Übertragungsakt auch nicht die Gewere." Und ebenda, Anm. 81, sagt er: „Worauf es uns hier ankommt, ist . . . darzutun, daß die Auflassung dem Erwerber die Gewere wirksam dann nicht zu geben vermocht habe, wenn die tatsächliche Möglichkeit, sich in Rechten des Gutes zu bemächtigen, wegen eines (sc. auch eines nachträglichen) Widerspruches Dritter (oder des Veräußerers selber) nicht gegeben war."

[2]) Vgl. oben S. 60 Anm. die eingeklammerten Worte: [oder des Veräußerers selber]

Im Falle eingeschobener sessio triduana des Erwerbers soll dagegen nach Huber die Herausgabeweigerung des wieder in den körperlichen Besitz gelangten Veräußerers für die ideelle Gewere des Erwerbers nicht schädlich sein. Huber sagt nämlich S. 37: „Der Käufer erhielt — den körperlichen Besitz für die drei Tage und gewann damit eine zuverlässige Grundlage, um dem Verkäufer wiederum die Gewere (zu Leibzucht, Satzung oder dergleichen) zu übertragen und sein Offensivrecht aus eigener, voller Gewere rechtmäßig zu begründen" und kurz darauf: „Der neue Eigentümer konnte sich nun (d. h. nach der sessio triduana) darauf verlassen, daß er trotz erfolgten Rückerwerbes durch den Verkäufer gegen diesen ein Klagrecht aus eigener Gewere besaß."

Da der Erblasser dem Erben den Besitz nicht mehr streitig zu machen vermag, kann von dem Erfordernis eines Schutzes der ideellen Erbengewere durch sessio triduana des Erben nicht die Rede sein und kann die ideelle Erbengewere überhaupt höchstens ausgeschlossen werden durch körperlichen Besitz und Herausgabeweigerung eines Dritten. Mit Beziehung hierauf stellt Huber wieder zwei Fälle einander gegenüber. Ihnen ist gemeinsam, daß der Dritte sich den Besitz eigenmächtig angeeignet hat. Der Unterschied ist der, daß die Aneignung im einen Falle vor, im anderen nach dem Tode des Erblassers erfolgt ist. Hier nimmt nun Huber, anders, als in Ansehung der ideellen Auflassungsgewere, im einen Falle Hinderung, im anderen nachträgliche Vernichtung der ideellen Erbengewere an.[1])

Eine möglicher Weise erst nachträglich erfolgende Herausgabeweigerung des besitzenden Dritten stellt er hier nicht als für die Ausschließung wesentlich hin. Schon das ist einigermaßen inkonsequent. Allenfalls mag man aber der Auffassung sein,

---

[1]) Er sagt S. 39: Hat sich der Dritte erst seit dem Tode des Erblassers den Besitz angeeignet, so besitzt der Erbe eine Klage aus seiner früheren, mit dem Erbgang erworbenen Gewere; war aber der Dritte schon vor dem Todesfall im Besitz der Sache, so hat sich auf den Erben das oben besprochene Anfalls- oder Anfechtungsrecht vererbt, wie es dem Erblasser zugekommen war (und, wie zu ergänzen ist, keine Gewere).

daß bei dem von Huber nur in Betracht gezogenen eigenmächtigen Besitzerwerb des Dritten dessen Nichtbereitschaft zur Herausgabe ohne weiteres als mit dem Besitzerwerb gegeben anzusehen sei. Dann bleibt aber eine andere schwerer wiegende Inkonsequenz. Sie beruht darin, daß Huber den Besitz des Dritten im Auflassungsfalle lediglich als durch Besitzeinräumung seitens des Veräußerers, im Erbfalle bloß als durch eigenmächtige Aneignung entstanden behandelt. Die Konsequenz verlangt es offenbar, daß beides für jeden der beiden Fälle kombiniert wird.

Dann würde sich im Auflassungsfalle ergeben, daß der Besitz eines Dritten, welcher in Verbindung mit einer Herausgabeweigerung desselben die ideelle Gewere des Erwerbers ausschlösse, vor oder nach der Auflassung nicht bloß durch Besitzeinräumung seitens des Veräußerers, sondern auch durch einseitige Eigenmacht des Dritten erworben sein könnte. Und im Erbfalle würde ins Auge zu fassen sein, daß der in entsprechender Weise die ideelle Gewere des Erben ausschließende Besitz eines Dritten nicht bloß vor oder nach dem Tode des Erblassers durch Eigenmacht des Dritten begründet sein könnte, sondern wenigstens vor jenem Ereignis auch durch Besitzeinräumung seitens des Erblassers.

Die außer der Auflassungs- und Erbengewere vorkommenden Fälle ideeller Gewere will Huber analog jenen beiden Geweren behandelt wissen.[1]) Er betont dies namentlich für die Urteilsgewere.[2]) Demgemäß würde ein Ausschluß der ideellen Urteilsgewere durch den körperlichen Besitz einer herausgabeweigernden anderen Person wieder, wie im Auflassungsfalle, in doppelter Weise in Frage kommen. Nämlich entweder könnte diese andere Person ein Dritter oder sie könnte der Beklagte sein. Ersterenfalls könnte der Besitz vor oder nach dem Urteil von dem Beklagten dem Dritten eingeräumt oder von diesem eigenmächtig erworben sein. An den zweiten Fall, also an den Fall, in

[1]) S. 39 Abs. 2. [2]) S. 39 A. 90.

welchem die Herausgabe durch den Beklagten verweigert wird, mag nunmehr die eigentliche Kritik der Huber'schen Besitztheorie, soweit sie nach Ausscheidung des Elementes der Rechtsbehauptung übrig bleibt, angeknüpft werden.

Wenn nämlich in diesem Falle der Beklagte die Herausgabe, zu der er verurteilt ist, verweigert, so leidet dadurch die ideelle Urteilsgewere des Klägers keinen Schaden. Und zwar braucht sie auch, um von der Weigerung unberührt zu bleiben, nicht erst durch eine sessio triduana des Klägers gesichert zu werden. Diese ist hier ebensowenig notwendig und am Platze, wie im Erbfalle eine sessio triduana des Erben, was im Gegensatze dazu steht, daß wenigstens nach dem Sachsenspiegel in einem Falle, den man, wenn auch nicht im Sinne des Sachsenspiegels, so doch im Sinne der Traditionsurkunden der fränkischen Zeit als Auflassungsfall und vielleicht auch allgemein als Auflassungsfall im weiteren Sinne bezeichnen kann, nämlich im Falle der Vergabung von Todeswegen, eine sessio triduana des Erwerbers vorgeschrieben ist, und zwar, um dessen ideelle Gewere dem sich vielleicht noch lange fortsetzenden Besitze des Vergabenden gegenüber genügend in die Erscheinung treten zu lassen. So fällt mit einem Schlage Licht auf die immer noch als dunkel geltende Stelle:

Ssp. III 83 § 1:

> Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Svat sie mit klage irvorderet, oder uppe sie geervet wert, das ne dorven sie nicht besitten.

Die Gabe, von der hier zunächst die Rede ist, dürfte eine Vergabung von Todeswegen sein, die sich durch Auflassung im weiteren Sinne vollzieht, nach der aber der Veräußerer noch bis zu seinem Tode in Nutzung und Besitz der Sache bleiben will. Deshalb ist, wie gesagt, die ideelle Gewere des Erwerbers durch sessio triduana erkennbar zu machen. Für die ideelle Urteilsgewere und die ideelle Erbengewere bedarf es solcher besonderen

Erkennbarmachung nicht.[1]) Sie sind durch Urteil und Erbfall, die ja kundbare Tatsachen sind, ohne weiteres hinreichend erkennbar.

Für uns kommt zunächst in Betracht, daß die ideelle Urteilsgewere, um insbesondere auch gegenüber einer Herausgabeweigerung des Beklagten sich zu erhalten, nicht erst der Sicherung durch sessio triduana bedarf. (Svat sie mit klage irvorderet . . . . . des ne dorven sie nicht besitten!) Eine ideelle Urteilsgewere des Klägers, welche trotz der Herausgabeweigerung des im tatsächlichen Besitze befindlichen Beklagten besteht, genügt ja allein für sich schon, um eine Besitztheorie, welche jede Gewere als tatsächliche Sachherrschaft

---

[1]) Von einer Auflassung im engeren Sinne, im Sinne des Sachsenspiegels, handelt dann

Ssp. III 83 § 2:

> Svie en gut liet oder let enem anderen, die sal is ym geweren jar unde dach.

Hier haben wir es zu tun mit einer (gerichtlichen) Auflassung, welcher die Einweisung in den körperlichen Besitz alsbald zu folgen bestimmt ist. Daraus erklärt sich die Verpflichtung des Veräußerers, noch bis zum Ablauf von Jahr und Tag Gewährschaft zu leisten. Denn die Jahr und Tag hindurch bestandene leibliche Gewere wird zur rechten Gewere, deren Inhaber sein eigener Gewährsmann sein kann. Daß in diesem Sinne § 2 a. a. O. aufzufassen sei, wird bestätigt durch zwei Varianten der Stelle in zwei anderen Handschriften. Vgl. Homeyer, Ssp. zu III 83. In der einen Handschrift heißt es:

> „Svat he aver coft dat scal he besitten iar unde dach, of he ene were dar an hebben wil."

Were ist hier natürlich so viel als rechte were. Ausdrücklich wird der Erwerb der rechten Gewere als Ziel bezeichnet in der Variante der anderen Handschrift:

> „Wer aber ein gut vorkaufet odir manz im uflezet odir ufgelazen wirt von eim andern, er sol iz in geweren habin iar und tag, ab er doran eine rechte were habin wil."

In offenbarem inneren Zusammenhang mit Ssp. III 83 §§ 1 u. 2 steht nun aber § 3 daselbst:

> Svie egen oder varende have verkoft, des sal he gewere sin die wile he levet; man sal aver yme dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene die wile het vorstan sal; wende jene ne mach dar nicht anspreken, deme it gegeven is, den ene gave.

Den Gegensatz zu § 2 enthalten die Worte: „des sal he gewere sin die wile he levet". Weshalb dieser Gegensatz? Offenbar deshalb weil der Grund,

auffaßt, zu stürzen. Zu diesem Ergebnis hätte auch Huber gelangen müssen, wenn er sich nicht darauf beschränkt hätte, für die Urteilsgewere einfach auf die Analogie der Auflassungsgewere zu verweisen.

Für den Fall der Auflassung ist mit Huber anzunehmen, daß der nach einer sessio triduana des Erwerbers sich fortsetzende körperliche Besitz des Veräußerers in Verbindung mit einer Herausgabeweigerung desselben die ideelle Gewere des Erwerbers nicht beeinträchtigt. Wie ist dieses aber mit der Gewere als tatsächlicher Sachherrschaft im Sinne Hubers vereinbar? Man muß es außerdem dahin verallgemeinern, daß nicht bloß im Falle einer den körperlichen Eigenbesitz und den körperlichen Fremdbesitz des Veräußerers scheidenden, an die Auflassung sich anschließenden sessio triduana des Erwerbers, sondern überhaupt allemal, wenn das Gut eines unmittelbar vorher im Besitz gewesenen Eigentümers einem anderen, sei es zur Vertretung des Eigentümers (z. B. einem Ver-

---

welcher die Gewährleistungspflicht des Veräußerers im § 2 nach Jahr und Tag endigen läßt, nämlich der Eintritt der rechten Gewere des Erwerbers nach Ablauf von Jahr und Tag, in § 3 als nicht gegeben betrachtet wird. Weshalb aber wird im § 3 mit dem Nichteintritt der rechten Gewere gerechnet? Weil Voraussetzung für die rechte Gewere die Auflassung im engeren Sinne mit alsbald folgendem Übergang des körperlichen Besitzes ist. Solchen Besitzübergang hat zwar § 3 im Sinn. Denn es ist hier davon die Rede, daß dem Zeit seines Lebens zur Gewährschaftsleistung verpflichteten Verkäufer das Gut wieder zu lassen ist „in sine gewere to behaldene unde to verliesene die wile het vorstan sal". Aber der Käufer kann von den Elementen, welche zur Begründung einer rechten Gewere erforderlich sind, außer dem Zeitablauf eben nur die körperliche Übergabe d. h. die hier mit dem Verkauf als Realgeschäft zusammenfallende und ihn erfüllende körperliche traditio der Sache behaupten. So ist zu verstehen: wende iene ne mach dar nich anspreken, deme it gegeven is, den ene gave. Der Käufer kann namentlich nicht das ferner für die rechte Gewere noch notwendige Element der Auflassung behaupten. Soweit es sich um verkauftes „egen", Grundeigentum, handelt, wird das Fehlen einer Auflassung in der Stelle vorausgesetzt. Bezüglich der Fahrhabe ist überhaupt eine Auflassung nicht möglich. Wenn somit in § 3 vom Verkauf von Eigen oder Fahrhabe die Rede ist, so ist darunter ein Verkauf ohne Auflassung, ein bloßer Verkauf, wenn auch ein Verkauf unter körperlicher Übergabe des Verkaufsobjektes zu verstehen. Wegen des Fehlens der Auflassung aber muß eben der Verkäufer gewere sin die wile he levet. Mir scheint, daß sich die vielumstrittene Stelle so in der ungezwungensten Weise erklärt.

walter oder Vormund), sei es zu abgeleitetem selbständigen Recht (Pfandrecht, Miete, Pacht oder dergl.) in tatsächlichen Besitz gegeben ist, die ideelle Gewere des Eigentümers, ungeachtet einer Herausgabeweigerung des Besitzers, bestehen bleibt. Das liegt natürlich auch im Sinne Hubers. Er hat es jedoch wiederum übersehen, daß damit von seinem eigenen Ausgangspunkte aus die Besitztheorie in den sie verschlingenden Abgrund hineingeführt wird. Endlich ist es nicht richtig, wenn Huber meint, daß die ideelle Auflassungsgewere durch die Herausgabeweigerung des im körperlichen Besitze verbleibenden Veräußerers dann ausgeschlossen werde, wenn sich dessen Besitz nach der Auflassung ohne eine zwischen seinen früheren und weiteren Besitz tretende sessio triduana des Erwerbers fortsetze. Die sessio triduana, welcher ja fraglos eine auch gegenüber der Herausgabeweigerung des Veräußerers sich erhaltende ideelle Gewere des Erwerbers nachfolgte, war zur Begründung und Erhaltung solcher ideellen Gewere von jeher und auch noch im Sachsenspiegel eben nur dann nötig, wenn, wie bei der Vergabung von Todeswegen, die leibliche Gewere des Veräußerers auf lange hinaus sich fortzusetzen bestimmt war und dadurch in besonderem Maße die Gefahr einer Verdunkelung der ideellen Gewere des Erwerbers mit sich brachte. War das nicht der Fall, sollte vielmehr die leibliche Gewere nur vorübergehend bis zu der in Bälde zu erwartenden körperlichen Besitzeinweisung oder Besitzergreifung des Erwerbers fortbestehen, so stand einem einfachen, unmittelbar dem Auflassungsakte eingefügten, eine ideelle Gewere des Erwerbers sofort begründenden constitutum possessorium nichts im Wege. Gerade in einem solchen wurzelte die ideelle Auflassungsgewere.[1]) Und ganz gewiß hat dann auch die nachträgliche Herausgabeweigerung des im Besitze verbliebenen Veräußerers die ideelle Gewere des Erwerbers nicht zu beendigen vermocht. Die Quellen wissen nichts von einer derartigen Schranke der ideellen Auflassungsgewere.

[1]) So schon richtig Sandhaas. Vgl. oben S. 17.

Es bleibt somit kein einziger Fall übrig, in welchem eine auf einen neuen Erwerber von dem bisherigen Inhaber der leiblichen Gewere übergehende ideelle Gewere durch die fortdauernde leibliche Gewere jenes bisherigen Inhabers und dessen Herausgabeweigerung ausgeschlossen wird. Namentlich wird weder die ideelle Urteilsgewere des Klägers durch die Herausgabeweigerung des im Besitz verbleibenden Beklagten noch die ideelle Auflassungsgewere des neuen Eigentümers durch die Herausgabeweigerung des weiterbesitzenden Veräußerers ausgeschlossen.

Damit ist eigentlich die von Huber im Interesse der Besitztheorie vertretene Meinung, daß es eine von der Herausgabeweigerung des Sachgewaltsinhabers unabhängige ideelle Gewere nicht gebe, schon mehr als hinreichend widerlegt. Um aber den einmal eingeschlagenen systematischen Gedankenweg vollständig zu gehen, soll noch auf zwei in seiner Fortsetzung liegende Fragen eingegangen werden.

Die erste Frage ist, ob der Erwerb der ideellen Gewere dadurch ausgeschlossen wird, daß derjenige, von welchem die ideelle Gewere erworben werden soll, sei es vor, sei es nach dem für den Erwerb in Betracht kommenden Akte (Auflassung, Erbfall, Urteil) die leibliche Gewere einem Dritten eingeräumt hat, der demnächst die Herausgabe verweigert. Zweitens fragt sich, ob jener Erwerb dadurch ausgeschlossen wird, daß ein solcher Dritter vor oder nach dem genannten Akte die leibliche Gewere sich eigenmächtig angeeignet hat.

Beide Fragen sind zu verneinen. Das mag zunächst für die erste Frage begründet werden. Hierbei sind wieder die beiden Fälle zu trennen, nämlich Besitzeinräumung an den Dritten vor und nach dem für den Erwerb der ideellen Gewere in Betracht kommenden Vorgang.

Hat der Inhaber einer leiblichen Eigen-Gewere diese vorher dem Dritten eingeräumt, sei es zu seiner Vertretung, sei es zu beschränktem eigenen Recht (Pfandrecht, Miete, Pacht oder dergl.), so ist ihm, wie bereits festgestellt wurde, wenigstens soweit es sich um ein Grundstück handelt, eine ideelle Eigengewere

verblieben, welcher eine Herausgabeweigerung des tatsächlichen Besitzers nichts anhaben könnte. Sollte nun ein anderer diese ideelle Gewere nicht durch Auflassung, Erbgang oder Urteil erwerben können? Ganz gewiß. Sollte der Besitz und die Herausgabeweigerung des Dritten, welche die bisherige ideelle Eigengewere nicht ausschlossen, nunmehr die ideelle Gewere des neuen Eigentümers hindern bezw. vernichten? Gewiß nicht.[1])

Nach dem für den Erwerb der ideellen Gewere in Betracht kommenden Vorgang kann der bisherige Inhaber der leiblichen Gewere diese, wenn sie ihm einstweilen weiter verblieben ist, einem Dritten nur im Auflassungs- und Urteilsfalle einräumen. Tut er das, so ist zu berücksichtigen, daß ungeachtet seiner sich fortsetzenden leiblichen Gewere durch die Auflassung oder das Urteil die ideelle Gewere eines anderen begründet war und daß eine von ihm ausgehende Herausgabeweigerung dieser ideellen Gewere nicht zum Schaden gereichen könnte. Soll nun aber dadurch, daß an seiner Stelle ein Dritter die leibliche Gewere von ihm erlangt und daß statt seiner der Dritte die Herausgabe verweigert, die durch Auflassung oder Urteil begründete

---

[1]) Im Auflassungsfalle ist ein Beleg hierfür Ssp. III 82 § 2:

Svie en gut enem anderen gift unde let it in sine gewere, dar he selve nene gewere an ne hadde, unde wert jene von gerichtes halven dar yn gewiset; iene die de gewere hevet mut die inwisunge wol wederspreken unde ienen utwisen, deste het voresta tome nesten utgelegedeme dinge; wende en man n'is nicht plichtich sine were to rumene, he ne werde dar umme beklaget unde vorgeladet; wert ieneme de were denne erdelt, unde wiset man yne denne dar yn von gerichtes halven, so ne mut man yne nicht utwisen, man ne dut mit ordelen.

Jemand veräußert sein Gut an einen anderen und läßt es ihm auf (let it in sine gewere). Es ist ein Gut, dar he selve nene gewere an ne hadde. Er hat also nicht die Sachgewaltsgewere daran. Die Gewere, die er durch die Auflassung auf den Erwerber überträgt, kann somit nur eine ideelle Gewere sein. Die Sachgewaltsgewere hat ein Dritter (iene die de gewere hevet). Wie dieser sie erlangt hat, sagt die Stelle nicht. Gerade hieraus aber folgt, daß insbesondere auch Fälle mitbetroffen sind, in welchen der Veräußerer selbst die leibliche Gewere dem Dritten eingeräumt hat, sei es zu seiner Vertretung, sei es zu beschränktem eigenen Recht (Pfandrecht, Miete, Pacht oder dergl.). Nehmen wir an, daß in einem solchen Falle das Gericht dazu übergegangen ist, denjenigen, welchem aufgelassen ist, auf

ideelle Gewere in eine schwierigere Lage geraten? Ich wüßte nicht, daß die Quellen einen Anhaltspunkt dafür gewährten und möchte es wegen der für den Dritten vorhandenen Kundbarkeit von Auflassung[1]) oder Urteil mit Entschiedenheit verneinen.

Und nun, wie steht es, wenn vor oder nach Auflassung, Erbfall oder Urteil ein Dritter sich die leibliche Gewere eigenmächtig aneignet? Damit kommt man vollends auf einen Punkt, den Huber nicht bedacht hat. Ich meine die ideelle Gewere des Dejektus. Huber ist ihr ganz aus dem Wege gegangen.[2]) Hätte er das nicht getan, so hätte er sehen müssen, daß hier schon an sich ein besonders hervortretender Fall ideeller Gewere vorliegt, die jemand hat trotz des tatsächlichen Besitzes und der Herausgabeweigerung eines anderen. Aber dieser Fall hat auch zur Folge, daß, wenn vor oder nach Auflassung, Erbfall oder Urteil ein Dritter sich die leibliche Gewere eigenmächtig angeeignet hat und wenn er nun die Heraus-

---

Grund seiner hiermit wahrscheinlichen ideellen Auflassungsgewere in die bei dem Dritten befindliche Sachgewaltsgewere einzuweisen. (wert jene von gerichtes halven dar yn gewiset.) Wenn jetzt der Dritte dieser Einweisung widerspricht d. h. ein der Einweisung widersprechendes Recht an der Sache behauptet, so wird dadurch die Wahrscheinlichkeit der ideellen Auflassungsgewere des Erwerbers (d. h. die Wahrscheinlichkeit der Erscheinungsform seines Rechtes an der Sache) erschüttert. (Vgl. oben S. 49—51.) Infolgedessen ist das Gericht nicht mehr in der Lage, seine Einweisung in die vom Dritten innegehabte Sachgewaltsgewere aufrechtzuerhalten bezw. durchzuführen. Das bedeutet es wohl, wenn insoweit davon gesprochen wird, daß der Dritte den Empfänger der Auflassung „utwisen" könne. Der letztere wird jetzt auf den Weg des Prozesses verwiesen. Die Stelle setzt nun den Fall, daß der Rechtsstreit zu seinen Gunsten verläuft. Sie drückt das dahin aus, daß ihm die Gewere „erdelt" wird. Dieses heißt, daß festgestellt wird, er habe die ideelle Auflassungsgewere. Die Feststellung erfolgt trotz der Herausgabeweigerung des Dritten. Hieraus ergibt sich, daß in einem Falle, in welchem jemand die leibliche Gewere an seinem Gute, sei es zu seiner Vertretung sei es zu beschränktem eigenen Rechte, einem Dritten eingeräumt und sodann die ihm verbliebene ideelle Gewere an einen anderen aufgelassen hat, die Herausgabeweigerung des Dritten ebensowenig die ideelle Gewere des Auflassungsempfängers hindern bezw. vernichten kann, wie sie die ideelle Eigengewere des Veräußerers zerstört haben würde.

[1]) Wenigstens der Auflassung im engeren Sinne, der gerichtlichen Auflassung des Sachsenspiegels. Vgl. oben S. 65 Anm. 1.

[2]) Vgl. S. 39 Abs. 2.

gabe weigert, dadurch die ideelle Gewere des Erwerbers, Erben oder Klägers nicht ausgeschlossen werden kann. Hat der Dritte sich den Besitz vor dem in Frage kommenden Vorgang eigenmächtig verschafft, so behält der vorherige Inhaber der leiblichen Eigengewere zunächst als Dejektus die ideelle Gewere gegenüber der leiblichen Gewere und auch gegenüber der Herausgabeweigerung des Dritten. Diese ideelle Gewere wird natürlich von ihm durch Auflassung, Erbgang oder Urteil auch auf einen anderen übergehen können. Und ebensowenig, als ihm gegenüber, kann dem anderen gegenüber die Herausgabeweigerung des Dritten ein Grund für Hinderung oder Vernichtung der ideellen Gewere sein.[1]) Wenn aber der Dritte nach einem der genannten drei Vorgänge sich des Besitzes einseitig bemächtigt hat, so trifft die Dejektion allemal mittelbar wenigstens auch denjenigen, der bei dem fraglichen Vorgang als Erwerber der ideellen Gewere in Betracht kommt. Er ist darum insoweit auch als Dejektus zu betrachten. Als solcher behält er die einmal erlangte ideelle Gewere. Es ist unrichtig, wenn Huber der Ansicht ist, daß der Erbe seine mit dem Erbfall erworbene ideelle Gewere durch die nachträgliche Besitzergreifung eines Dritten wieder verliere.[2]) Eben-

---

[1]) Das ist, soweit es sich um eine durch Auflassung erfolgte Übertragung der ideellen Gewere des Dejektus handelt, aus Ssp. III, 82, § 2, in derselben Weise zu folgern, wie hieraus oben S. 69 Anm. 1 ein entsprechendes Ergebnis für die Fälle hergeleitet wurde, in welchen der Eigentümer die leibliche Gewere seines Gutes, sei es zu seiner Vertretung, sei es zu beschränktem eigenen Recht, einem Dritten übertragen und sodann die ihm verbliebene ideelle Gewere einem anderen aufgelassen hat. Denn, da Ssp. III 82 § 2 nur davon spricht, daß der Auflassende die leibliche Gewere nicht hat und daß diese bei einem Dritten sich befindet, nicht auch sagt, wie letzterer sie erworben hat, so ist der in der Stelle zum Ausdruck gelangte Rechtsatz nicht bloß auf die erwähnten Fälle, sondern auch auf den Fall zu beziehen, in welchem der Dritte vor der in Frage kommenden Auflassung die leibliche Gewere durch Dejektion des Auflassenden erworben hat. Laband (Vermögensrechtliche Klagen, 1869, S. 199) denkt bei der von ihm gegebenen Interpretation der Stelle sogar lediglich an eine solche Dejektion, womit er allerdings den Anwendungsbereich der in ihr enthaltenen Norm viel zu eng gefaßt hat.

[2]) Quellenbelege hierfür hat Huber nicht beizubringen gewußt. Solche lassen sich auch nicht finden.

sowenig wird im Falle von Auflassung und Urteil die ideelle Gewere des Erwerbers bezw. des Klägers gegenüber dem Veräußerer bezw. dem Beklagten durch die von einem Dritten vorgenommene Dejektion eines dieser letzteren beiden vernichtet.

Damit aber dürften wir die Meinung Hubers, daß jemand eine ideelle Gewere bei tatsächlicher Herrschaft einer herausgabeweigernden anderen Person nicht haben könne, nach allen Seiten widerlegt haben. Im Gegensatz zu ihr sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß eine ideelle Gewere trotz entgegenstehenden körperlichen Besitzes und trotz Herausgabeweigerung des Besitzers in vielfacher Weise möglich ist. Die Schranke, welche so vor der die Gewere als Besitz im Sinne einer tatsächlichen Herrschaft auffassenden Besitztheorie sich aufbaut, hat aber nicht bloß Huber nicht aus dem Wege räumen können, sondern überhaupt niemand vermag sie zu beseitigen.

§ 4.

Eine neue Theorie.

Somit gelangt die von der leiblichen Gewere ausgehende monistische Besitztheorie nach der Seite der ideellen Gewere hin ebensowenig zum Ziele, wie die von der ideellen Gewere ausgehende monistische Rechtsformtheorie nach der Seite der leiblichen Gewere. Beide Theorien haben also gleich viel gegen sich. Was ist die Folge? Soll man sie beide ganz beiseite werfen und damit die ganze bisherige Gewereforschung für ergebnislos erklären? Soll man sich auf neuem, nie betretenen Wege auf die Suche begeben nach einem monistischen Gewerebegriff, der mit Besitz und Rechtsform nichts gemein hat? Ich glaube, mitleidig lächelnd würde man solchem Beginnen zuschauen, und mit vollem Recht. Rechtsformtheorie und Besitztheorie haben nämlich nicht bloß gleichviel gegen sich, sondern auch gleichviel für sich. Es gibt ja nicht bloß einen Gewerebereich, welcher der Rechtsformtheorie verschlossen ist (die bloße Sachgewaltsgewere) und einen Gewere-

bereich, in welchen die Besitztheorie nicht einzudringen vermag (die ideelle Gewere ohne Sachgewalt), sondern es gibt ebenso einen Gewerebereich, welcher der Rechtsformtheorie offensteht und zwar ihr allein offensteht (die ideelle Gewere ohne Sachgewalt), ferner einen Gewerebereich, wo die Besitztheorie Herrscherin und zwar Alleinherrscherin ist (die bloße Sachgewaltsgewere) und endlich einen Gewerebereich, wo beide Theorien ein Kondominat haben (die Gewere, welche gleichzeitig Sachgewalt und wirkliche oder scheinbare Erscheinungsform des Rechtes ist).

Wenn nun aber für Besitztheorie und Rechtsformtheorie gleich viel spricht und ein ganz abseits von beiden Theorien liegender Weg, auf dem man dem Monismus des Gewerebegriffs nachjagen könnte, unauffindbar ist, so *scheint* man an diesem Monismus verzweifeln zu müssen. Jedenfalls bleibt nichts Anderes übrig, als Besitz- und Rechtsformtheorie einander ergänzen zu lassen, und zwar in der Weise, daß man die Gewere teils als Besitz, teils als Rechtsform, teils als beides erklärt. In engerer Zusammenfassung heißt das: Gewere ist Besitz und Rechtsform.[1]) Damit scheint man statt des Monismus einen Dualismus erhalten zu haben, einen Dualismus, der erinnert an die alte, längst überwundene dualistische Theorie: „Gewere ist Besitz und Recht." Aber er erinnert nur hieran. Er wirft nicht gleich ihr zwei so unvereinbare Gegensätze wie Besitz und Recht durcheinander. Er bleibt ganz auf dem Boden des Tatbestandes. Denn auch die Rechtsform, die Erscheinungsform des Rechtes ist Tatbestand. Und so löst sich denn der durch Verbindung von Besitz- und Rechtsformtheorie entstehende schein-

[1]) Es ist wohl kaum notwendig darauf hinzuweisen, daß dies etwas Anderes ist, als die *Huber*'sche Ansicht, nach welcher *jede* Gewere sowohl Besitz, wie Rechtsform ist. Nach der im Text vertretenen Auffassung ist nur ein Teil der Gewere gleichzeitig Besitz und Rechtsform, ein anderer ist nur Besitz und ein dritter nur Rechtsform. Der hiervon abstrahierende, enger zusammenfassende Satz: Gewere ist Besitz *und* Rechtsform hat darum auch eine ganz andere Bedeutung, als der im Sinne der *Huber*'schen Theorie liegende Satz: Jede Gewere ist Besitz und Rechtsform. Das Wörtchen „und" ist in letzterem kumulativ, in ersterem disjunktiv.

bare Dualismus schließlich doch auf in einen übergeordneten Monismus, der seinen Ausdruck empfangen kann durch die Formel: „Gewere ist ein Tatbestand, ist der im Bereich des Sachenrechts wichtigste Tatbestand, sei es als bloße Sachgewalt, sei es als Sachgewalt verbunden mit wirklicher oder scheinbarer Erscheinungsform des Rechtes, sei es als wirkliche oder scheinbare Erscheinungsform des Rechtes ohne Sachgewalt."

Um aber diese Formel nicht mißzuverstehen, ist zu berücksichtigen, daß die Gewere, soweit sie als Erscheinungsform des Rechtes bezeichnet ist, nicht etwa, wie die Rechtsformtheorie doch offenbar behauptet, die völlige Erscheinungsform des Sachenrechtes bildet. Vielmehr ist sie nur ein hervortretender Bestandteil der vom objektiven Recht in abstracto verlangten Gesamterscheinungsform, des Gesamttatbestandes eines subjektiven Sachenrechts.

Das gilt schon in Ansehung des dritten der in jener Formel zusammengefaßten Tatbestände, also hinsichtlich des Tatbestandes, der in derselben als „wirkliche oder scheinbare Erscheinungsform des Rechts ohne Sachgewalt" bezeichnet ist. M. a. W., es gilt schon bezüglich der ideellen Gewere. Schon die ideelle Gewere ist also nicht die Gesamt-Erscheinungsform des Rechts, vielmehr nur Bestandteil einer solchen, allerdings dann ihr wichtigster Bestandteil, da sie, was man ja seit Huber als Offensivwirkung der Gewere zu bezeichnen gewohnt ist, die Klagevoraussetzungen, die Klagetatsachen, den Klagegrund der Klage um Gut, der dinglichen Klage auf Herausgabe der Sache umfaßt. Außer diesem Klagegrund gehört aber zur Gesamterscheinung des dinglichen Rechts auch das Gegenteil der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen, die dem alten deutschen Recht ebensowenig fremd waren,[1]) als dem modernen und dem römischen, und die, was dem Rechtsphilosophen ohne weiteres klar ist, überhaupt in keinem Rechte fehlen.

[1]) Vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, 1869. Ein Beispiel für einen Fall, in welchem gegenüber der ideellen Gewere als der scheinbaren Erscheinungsform des Rechts, als dem Klagegrund der dinglichen Klage um

Erkennt man so die ideelle Gewere einerseits als bloßen Bestandteil einer in abstracto erforderten Gesamterscheinungsform des Sachenrechts und erfährt dadurch ihre bisherige Bezeichnung als Erscheinungsform des Sachenrechts eine genauere Bestimmung, so bedarf es anderseits noch einer weiteren Präzisierung ihrer zu genauerer Unterscheidung von mir eingeführten [1]) Benennung als „wirklicher oder scheinbarer Erscheinungsform des Rechts ohne Sachgewalt". Von dem Standpunkte aus, von dem man die Gewere als Bestandteil einer abstrakten Gesamterscheinungsform des Rechts sieht, kann man, statt jene Benennung anzuwenden, nur sagen: daß die ideelle Gewere der als Klagegrund der dinglichen Klage am meisten hervortretende Bestandteil einer vom objektiven Rechte in abstracto verlangten Gesamterscheinungsform des Sachenrechts sei, ein Bestandteil, der in concreto entweder in Verbindung mit den übrigen Bestandteilen dieser Gesamterscheinungsform, also mit dem Gegenteil der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen vorhanden ist und dadurch zur konkreten wirklichen Gesamterscheinungsform des Rechtes ergänzt wird oder der doch, weil er regelmäßig in

---

Gut, ein rechtshindernder Tatbestand geltend gemacht wird, ist wiederum Sfp. III 82 § 2 (Vgl. oben S. 69 Anm. 1). Es wird hier vom Beklagten behauptet, daß der Kläger, dem das Gut aufgelassen ist, vom Veräußerer das in Anspruch genommene Recht wegen des bereits bestehenden Rechtes des Beklagten nicht habe erwerben können. Die Tatsachen, mit denen der Beklagte sein angebliches Recht substanziieren muß, sind dem vom Kläger behaupteten Recht gegenüber rechtshindernde Tatsachen. Die Stelle setzt nun voraus, daß diese Tatsachen vom Gericht als unzutreffend angenommen werden und daß deshalb dem Kläger die ideelle Gewere „erdelt" wird. Dies bedeutet eine gerichtliche Feststellung dahin, daß die vom Veräußerer erlangte ideelle Auflassungsgewere des Klägers, die für ihn der Klagegrund der dinglichen Klage und als solcher, so lange der Beklagte eine substanziierte Behauptung seines Rechtes nicht entgegengesetzt hatte, für das Gericht wahrscheinliche Erscheinungsform des Sachenrechts war, durch das Gegenteil der vom Beklagten behaupteten rechtshindernden Tatsachen und mangels sonst behaupteter rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen überhaupt durch das Gegenteil der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen in concreto zur wirklichen Gesamterscheinungsform des Rechts ergänzt ist, kurz gesagt, die wirkliche Erscheinungsform des Rechtes an der Sache repräsentiert.

[1]) Die bisherige Rechtsformtheorie kannte diesen Unterschied nicht oder hat ihn wenigstens nicht genügend betont.

solcher Verbindung vorkommt, den Schein des Vorhandenseins auch der übrigen Bestandteile der betreffenden Gesamterscheinungsform, also kurz gesagt, überhaupt den Schein des Vorhandenseins einer Gesamterscheinungsform, sei es den Anschein dieser Erscheinungsform für einen Rechtsgenossen[1]) als subjektiven Beurteiler, sei es eine Wahrscheinlichkeit für den Richter als objektiven Beurteiler[2]), in concreto hervorruft.[3])

Alles dieses gilt auch bezüglich des zweiten der drei Tatbestände, die in der erwähnten Formel zusammengefaßt sind, also bezüglich der „mit wirklicher oder scheinbarer Erscheinungsform des Rechtes verbundenen Sachgewalt", d. h. bezüglich der von der Rechtsformtheorie bislang schlechtweg als Rechtserscheinungsform betrachteten[4]) leiblichen Gewere. Daß diese nicht mit einer Gesamterscheinungsform des Rechtes identisch sein kann, ergibt sich daraus, daß anderenfalls mit jeder Sachgewalt, mit jedem Besitz ein entsprechendes Sachenrecht von selbst gegeben wäre, was ja selbstverständlich nicht der Fall ist. Also höchstens Bestandteil einer vom objektiven Recht in abstracto verlangten Gesamterscheinungsform des Sachenrechts kann die leibliche Ge-

---

[1]) Vgl. meine Rechtscheinsforschungen, Heft 1, S. 2 ff., 23 f., 34.

[2]) Meine Rechtscheinsforschungen, Heft 1 S. 13 ff., 23 f., 33.

[3]) In Heft 1 meiner Rechtscheinsforschungen habe ich auf S. 25 nur die Gewere als wirkliche Rechtserscheinungsform, nicht auch die Gewere als scheinbare Rechtserscheinungsform zum Zwecke genauerer Bestimmung Rechtserscheinungsbestandteil genannt. Vgl. auch die erste der beiden Formeln unten S. 78 f., ebenso S. 77 u. 79. Das habe ich getan im Hinblick auf die in concreto vorhandene Rechtserscheinungsform. Wenn man hingegen die vom objektiven Rechte in abstracto geforderte Rechtserscheinungsform ins Auge faßt, so muß man mit Bezug hierauf sagen, daß jede der beiden Gewere Rechtserscheinungsbestandteil d. h. Bestandteil einer in abstracto vom objektiven Rechte verlangten Gesamterscheinungsform des subjektiven Sachenrechts ist. Der Unterschied zwischen ihnen beiden ist nur der, daß in concreto neben diesem Rechtserscheinungsbestandteil die übrigen in abstracto vom objektiven Rechte verlangten Bestandteile der Gesamterscheinungsform des subjektiven Sachenrechts im Falle der einen Gewere ebenfalls wirklich vorhanden sind, im Falle der andern nicht wirklich, sondern nur scheinbar vorliegen, scheinbar deshalb, weil in der Mehrzahl der Fälle diese anderen Rechtserscheinungsbestandteile zusammen mit dem als Gewere bezeichneten Rechtserscheinungsbestandteil vorkommen.

[4]) Vgl. oben S. 75 Anm. 1.

were sein. Und das ist sie in der Tat. Freilich ist sie Bestandteil einer anderen Gesamterscheinungsform, als derjenigen, zu welcher die ideelle Gewere gehört. Das objektive Recht hat eben in abstracto mehrere zu einander in einem Alternativverhältnis stehende Gesamterscheinungsformen des subjektiven Sachenrechts angeordnet. Nur von einzelnen derselben bildet die leibliche Gewere einen integrierenden Bestandteil, mag sie in solcher Eigenschaft nun als das Fazit eines körperlichen Besitzübertragungsaktes[1]) bezw. einer einseitigen Besitzergreifung[2]) oder als Beginn, immer sich erneuernder Faktor und Erfüllung des die rechte Gewere begründenden längeren Besitzzustandes von Bedeutung sein. Insoweit dann neben ihr als einem Bestandteil der betreffenden in abstracto bestimmten Gesamterscheinungsform des Sachenrechts auch deren übrigen Bestandteile in concreto verwirklicht sind, also das Gegenteil der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen in concreto gegeben ist, wird die leibliche Gewere hierdurch ebenfalls zur konkreten wirklichen Erscheinungsform des Sachenrechts ergänzt. Setzt sie sich dann aber, nachdem sie ihren Zweck als Bestandteil einer solchen Gesamterscheinungsform erfüllt hat, weiter fort, bleibt also beispielsweise nach Vornahme der zur Rechtserscheinungsform gehörigen Besitzübertragung der übertragene körperliche Besitz noch fortbestehen, so wächst die leibliche Gewere über ihre Bedeutung als Bestandteil jener Erscheinungsform hinaus. Sie wird nunmehr Folgeerscheinung derselben. Bloß Folgeerscheinung einer in concreto begründeten wirklichen Gesamterscheinungsform des Sachenrechts ist sie vollends dann, wenn ein Sachenrecht ohne Vermittelung leiblicher Gewere, vielmehr nur mit Hilfe der ideellen Gewere begründet ist und erst nachträglich die leibliche Gewere hinzugekommen ist, wofür ja, namentlich in den Fällen, in welchen der vermittels der ideellen Auflassungs-, Urteils- oder Erbengewere geschehenen Rechtsbegründung die leibliche Gewere

---

[1]) Beim Rechtserwerb vermittelst körperlicher Besitzübertragung.

[2]) Beim Rechtserwerb durch Okkupation.

nachfolgt, die Quellen zahllose Beispiele bieten. Und weil, insoweit nicht die an der Sache bestehende ideelle Gewere eines Anderen Bestandteil einer konkreten wirklichen Gesamterscheinungsform eines diesem Anderen zustehenden Sachenrechts ist oder den Anschein[1]) oder die Wahrscheinlichkeit[2]) eines solchen begründet, weil also insoweit die leibliche Gewere Folgeerscheinung einer konkreten wirklichen Gesamterscheinungsform des Sachenrechts zu sein pflegt, so ruft eben auch die leibliche Gewere einer bestimmten Person, welcher nicht etwa die ideelle Gewere einer anderen Person gegenübersteht, den Schein des Vorhandenseins einer Gesamterscheinungsform des Sachenrechts in concreto hervor, sei es wiederum den Anschein einer solchen für einen Rechtsgenossen[3]), sei es eine Wahrscheinlichkeit für den Richter. Letztere hat eine Defensivwirkung im Sinne Hubers zur Folge.

Soweit nun aber der leiblichen Gewere einer Person die ideelle Gewere eines Anderen gegenübersteht, bildet die leibliche Gewere den ersten der drei Tatbestände, die in der erwähnten Formel[4]) zusammengefaßt wurden, nämlich eine bloße Sachgewalt. Diese ist dann nichts Anderes, als ein Tatbestand, der dem Sachenrechte, dessen in abstracto erforderliche Gesamterscheinungsform in concreto wirklich, anscheinend oder wahrscheinlich vorhanden ist, gegenübersteht.

Hiernach ist der Begriff der (konkreten) Gewere zu definieren als: ein Tatbestand, welcher Bestandteil oder Folgeerscheinung der in concreto vorhandenen wirklichen Gesamterscheinungsform des Sachenrechts ist oder den Anschein oder die Wahrscheinlichkeit einer solchen Erscheinungsform begründet oder aber welcher dem Sachenrechte, dessen Gesamterscheinungsform in concreto wirklich, anscheinend oder wahrscheinlich vorhanden ist, als bloße Sachgewalt gegenübersteht.

[1]) Vgl. meine Rechtscheinsforschungen Heft 1 S. 34. [2]) Ebenda S. 33.
[3]) Die Anscheinswirkung der leiblichen Gewere äußert sich im Satze „Hand wahre Hand" und in der rechten Gewere. Vgl. Näheres darüber unten S. 82 f. [4]) Oben S. 74.

Unter der Voraussetzung, daß dieses gemeint ist, mag man auch der Kürze halber sagen, die Gewere sei ein Tatbestand, der die wirkliche oder scheinbare Erscheinungsform des Sachenrechts bilde, oder der dem Sachenrecht, dessen Erscheinungsform wirklich oder scheinbar vorhanden ist, als bloße Sachgewalt gegenübersteht.[1])

Als Rechtserscheinungsform oder kurz als Rechtsform läßt sich dieser doppelte Tatbestand nicht zusammenfassen. Der Begriff „Rechtsform" ist dafür keinesfalls weit genug. Aber ich habe schon betont,[2]) daß der Begriff „Besitz" heute ein sehr weiter ist. Im Verlaufe des 19. Jahrhunderts ist er es allmählich wieder geworden. Nach Bruns ist er gar, wie wir gesehen haben,[3]) nicht auf das Gebiet des Sachenrechts beschränkt, zieht er sich vielmehr durch das ganze Rechtssystem hindurch. Im Grunde lief wohl die Ansicht von Bruns darauf hinaus, daß das, was vom subjektiven Rechte sinnlich wahrnehmbar ist, sein Tatbestand, seine wirkliche Erscheinungsform, die „Rechtserscheinung"[4]), wenigstens derjenige Bestandteil der konkreten wirklichen Rechtserscheinung, der den Klagegrund für die Klage aus dem betreffenden subjektiven Recht abgibt, als Besitz aufzufassen ist. Beckh[5]) hat dann in neuerer Zeit insbesondere auch dasjenige, was ich die wahrscheinliche Erscheinungsform des Rechts genannt habe, nämlich den Tatbestand, auf Grund dessen für den Richter die Vermutung der Existenz des Rechtes entsteht, kurz gesagt die

---

[1]) In Heft 1 meiner Rechtsscheinsforschungen habe ich auf S. 25 f. gesagt: „Die Gewere ist ein Tatbestand, der die wirkliche oder scheinbare Erscheinungsform des Sachenrechts bildet oder der als bloße rechtlose Sachgewalt einem Sachenrechte, dessen Tatbestand d. h. dessen Erscheinungsform wirklich oder scheinbar vorhanden ist, widerspricht." Mit Rücksicht auf die oben S. 47 f. erörterte bloße Sachgewaltsgewere (z. B. des Verwalters) die befugtermaßen ausgeübt wird, die man daher nicht schlechtweg als rechtlose Sachgewalt bezeichnen kann und die auch eigentlich dem betreffenden Sachenrechte nicht widerspricht, habe ich in der hier im Text gegebenen Schlußformel „rechtlose" gestrichen und „widerspricht" in „gegenübersteht" umgeändert.

[2]) Oben S. 44. [3]) Oben S. 15.

[4]) Rechtsscheinsforschungen, Heft 1, S. 26 f., 32 f.

[5]) Beckh, Beweislast 1899, z. B. SS. 15 ff., 114, 260.

von mir sogenannte „Rechtswahrscheinlichkeit“ [1]) als „Besitzstand“ hingestellt. In dieser Bedeutung ist überhaupt das Wort „Besitzstand“ vielfach in unbewußtem Gebrauch. Es kann dann aber auch zur Bezeichnung des Rechtsanscheins [2]) d. h. des für einen Rechtsgenossen vorhandenen Anscheins der Erscheinungsform des Sachenrechts angewandt werden, da der Tatbestand, der für den Richter eine Rechtsvermutung, eine Wahrscheinlichkeit der Erscheinungsform des Rechts begründet und der Tatbestand, der für einen Rechtsgenossen den Anschein jener Erscheinungsform hervorruft, identisch ist.[3]) Schon lange wird ferner die Eintragung im Grundbuch als Erscheinung, Anschein und Wahrscheinlichkeit des Liegenschaftsrechts „Tabularbesitz“ genannt und ebenso ist bereits für die Eintragung in die Patentrolle und für die Patenterteilung als Erscheinung, Anschein und Wahrscheinlichkeit des Patentrechts der Name „Patentbesitz“ eingebürgert.[4]) Krückmann hat jüngstens geradezu den Rechtschein überhaupt „Rechtsbesitz“ genannt.[5]) Bei solcher Richtung der Entwickelung des Besitzbegriffes wäre man nicht gehindert, den drei- bezw. zweifachen Tatbestand, als welchen wir die Gewere erkannt haben, auch als Besitz oder Besitzstand zu bezeichnen.

Dann müßte man sich aber klar darüber sein, daß das ein anderer Besitz wäre als derjenige, den die auf Erklärung des

---

[1]) Rechtscheinsforschungen, Heft 1, S. 33 ff.

[2]) Ebenda, S. 34 f., S. 2 ff.

[3]) Vgl. meine Rechtscheinsforschungen, Heft 1, S. 13 ff.

[4]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, I. 1895, S. 879 f. Anm. 97.

[5]) Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 57 (1910), S. 189. Er sagt hier: „Was ist denn nun Rechtsschein: Die äußere Erscheinung und dadurch Legitimation als Inhaber eines Privatrechtes und die dadurch geschaffene rechtliche Möglichkeit das eigene oder ein fremdes Recht auszuüben, mit anderen Worten „Rechtsbesitz.“ Hier bezieht sich fremdes Recht auf das, was ich „Rechtsanschein“ und „Rechtswahrscheinlichkeit“ genannt habe, eigenes Recht auf die von mir sogenannte „Rechtserscheinung“. Daß Krückmann die letztere wirklich ebenfalls als Rechtsbesitz auffaßt, geht dann besonders deutlich daraus hervor, daß er a. a. O. kurz nach dem mitgeteilten Passus weiter sagt: „. . . jedes Recht wird außerprozessual und prozessual erkennbar nur an irgendeiner besitzartigen Tatsache.“

Gewerebegriffs zielende Besitztheorie im Auge hat. Diese denkt ja eben nur an einen in tatsächlicher, wenn auch frei aufgefaßter Sachherrschaft beruhenden Besitz. Aber selbst wenn man der Besitztheorie einen Besitzbegriff in jenem anderen ganz weiten Sinne unterschieben wollte, so würde sich doch unter ihrer Formel „Gewere = Besitz" immer noch ganz Verschiedenartiges verbergen. Dessen Zusammenfassung unter den gemeinsamen Begriff „Besitz" zu definieren, würde ein gleiches Problem sein, wie die monistische Bestimmung des verschiedene Arten umfassenden Gewerebegriffes. Damit wäre also das Gewereproblem nur verschoben. Und wieder könnte die, nach unserem Ausgangspunkte allerdings schon von vornherein feststehende, Lösung nur sein, daß jener Besitz, gerade wie die Gewere, allemal ein Tatbestand ist, als solcher aber verschieden geartet sein kann, in der dreifachen oder, wenn man will, zweifachen Weise geartet sein kann, wie wir das bei der Gewere gesehen haben.

Indem nun dieser über die Besitzauffassung der Besitztheorie, insbesondere Hubers, weit hinausgreifende Besitz trotz des noch im Sinne Savignys an die körperliche Sachgewalt sich anklammernden Besitzbegriffes des deutschen B. G.-B. in der modernen Theorie eine gewisse Aufnahme gefunden hat, scheint die Gewere eine bedeutsame Einwirkung auf die heutige Rechtsauffassung ausgestrahlt zu haben. Einer ähnlichen Einwirkung hatte bereits Bruns Folge gegeben.[1]) Er aber hatte insoweit wegen des damals noch in ungeschwächter Kraft herrschenden Savignyschen Besitzbegriffes, abgesehen von Sandhaas,[2]) eine eigentliche Anhängerschaft nicht zu gewinnen vermocht. Die Zeit mußte erst reifer werden, wieder mehr deutschrechtlich fühlen lernen, ehe ein dem tatsächlichen Scheine des subjektiven Rechts, ein der Rechtserscheinung, dem Rechtsanschein und der Rechtswahrscheinlichkeit gleichgestellter Besitz zu einer nicht mehr ganz vereinzelten Anerkennung gelangen konnte. Insofern aber solche Gleichstellung anerkannt wird, zeigt sich, daß die Gewere nicht

[1]) Vgl. oben S. 15. [2]) Vgl. oben S. 16.

bloß, wie heute jeder weiß, im Sachbesitz und in der Grundbucheintragung fortlebt, sondern auch eine über das Gebiet des Sachenrechts hinaus erstreckte moderne Fortentwickelung erfahren hat. Jedenfalls ist hiernach die Frage, wie es möglich wurde, den Besitzbegriff so ungemein weit zu spannen, eng verbunden mit der anderen, auf welchem Wege der mittelalterliche Gewerebegriff ein so weiter geworden ist, wie er so verschiedene Arten in sich aufgenommen hat. Dieses Problem hat natürlich auch selbständige Bedeutung. Es ist die Frage nach der Entwickelung des Gewerebegriffs im Gegensatz zur Frage nach seinem Inhalt und Umfang als dem in den mittelalterlichen Quellen sich vorfindenden Niederschlag jener Entwickelung. Nur die zweite Frage gehört zum Thema dieser Arbeit, und sie glaube ich beantwortet zu haben.[1])

---

[1]) Die erste Frage gedenke ich in einem besonderen Hefte dieser „Rechtscheinsforschungen" zu behandeln.

Ein weiteres Heft derselben hoffe ich den Wirkungen der Gewere widmen zu können. Schon jetzt möchte ich sagen, daß die Huber'schen Kategorien „Translativwirkung", „Offensivwirkung" und „Defensivwirkung", so sehr ihre Aufstellung gegenüber dem früheren Stande der Gewerelehre immer noch als ein Fortschritt zu betrachten ist (vgl. oben S. 40), gleichwohl zu äußerlich und nicht erschöpfend sind. Dem Begriffe der Gewere (oben S. 78) entsprechend, sind m. E. vielmehr folgende Gewerewirkungen zu unterscheiden:

I. Die Sachgewaltswirkung (vgl. oben S. 53 ff.) Diese Wirkung ist von Huber überhaupt nicht berücksichtigt.

II. Die Erscheinungswirkung d. i. zunächst die Huber'sche Translativwirkung bei Uebertragung des Sachenrechts durch den Wirklichberechtigten. Außerdem ist aber auch die beim Rechtserwerb durch Besitzergreifung sich geltend machende Gewerewirkung als eine Erscheinungswirkung aufzufassen.

III. Die Anscheinswirkung. Hierhin gehört der Satz: „Hand wahre Hand" und die Gewerewirkung, die sich in der rechten Gewere äußert. Für diese von mir unter die Rubrik „Anscheinswirkung" gebrachten Wirkungen können die Huber'schen Kategorien kein Unterkommen bieten. Der Satz „Hand wahre Hand" bedeutet keine Translativwirkung der Gewere, weil es sich dabei um Erwerb vom Nichtberechtigten und daher nicht um Rechtsübertragung handelt, was heute mehr und mehr erkannt wird (vgl. Herbert Meyer, das Publizitätsprinzip, 1909 S. 95 f. und die dort Zitierten), wennschon es immer noch bestritten ist. Die in Erlangung der rechten Gewere bestehende Gewerewirkung kann unter den Huber'schen Kategorien vollends keinen Platz finden. Man wird entgegenhalten, der von mir vertretene Begriff des Rechtsanscheins (vgl. Rechtscheinsforschungen Heft 1 S. 3 ff.

und S. 34) leide beim Satze „Hand wahre Hand" und bei der rechten Gewere keine Anwendung, weil beide auch Bösgläubigen zugute gekommen seien. Letzteres will ich nicht bestreiten. Trotzdem ist der Grund jenes Satzes und der Grund der rechten Gewere der Schutz des guten Glaubens, ebenso wie heute der Grund für den Erwerb beweglicher Sachen von Nichtberechtigten (§ 932 B.G.B.) sowie für die Ersitzung beweglicher Sachen (§ 937 ff. B.G.B.), im Schutze des guten Glaubens beruht. Dabei besteht indes zwischen dem älteren und dem heutigen deutschen Recht ein Unterschied. Zwar gehen beide aus von einer für die Rechtsgemeinschaft vorhandenen Wahrscheinlichkeit des guten Glaubens. Gegen diese Wahrscheinlichkeit anzukämpfen, betrachtete aber das ältere deutsche Recht, jedenfalls wegen der Unmöglichkeit eines sinnenfällig führbaren Beweises, als unzweckmäßig, während es von unserem heutigen Recht nicht als bedenklich angesehen wird. Infolgedessen gelangte im älteren deutschen Recht die Rechtsgemeinschaft dahin, in den erwähnten Fällen die Wahrscheinlichkeit des guten Glaubens mit vorprozessualer Rechtskraft auszustatten, m. a. W. dem Richter eine für den guten Glauben sprechende praesumtio iuris et de jure vorzuschreiben, so daß natürlich in concreto auch ein Bösgläubiger geschützt wurde. Das moderne deutsche Recht aber hat jene Wahrscheinlichkeit nicht mit vorprozessualer Rechtskraft begabt, hat darum dem Richter nur eine für den guten Glauben sprechende gewöhnliche Rechtsvermutung, eine durch Gegenbeweis widerlegbare bloße praesumtio iuris an die Hand gegeben. (vgl. hierzu meine Rechtsscheinsforschungen Heft 1, S. 18 ff.). Das ist m. E. die Lösung des Rätsels, wie es kam, daß der Satz „Hand wahre Hand" und die rechte Gewere in concreto auch einem Bösgläubigem nützten. Desgleichen findet so die Frage Beantwortung, worin der Zusammenhang besteht zwischen dem genannten Satze sowie der rechten Gewere einerseits und dem heutigen gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten sowie der modernen Ersitzung des Fahrnisrechts anderseits. Der gutgläubige Erwerb der Bodenwerte vom Nichtberechtigten (§ 892 B.G.B.) erklärt sich übrigens heute geradeso, wie der gleichartige Erwerb beweglicher Sachen. Dahingegen hat das B.G.B. bei Regelung der sog. Tabularersitzung von Grundstücken (§ 900) die für das Gesetz oder richtiger für die Rechtsgemeinschaft vorliegende Wahrscheinlichkeit eines guten Glaubens des Besitzers, und zwar wohl wegen ihrer im Falle dreißigjährigen Besitzes bestehenden Stärke, mit vorprozessualer Rechtskraft ausgestattet. Deshalb schadet hier ein in concreto vorhandener böser Glaube dem Besitzer nicht. Man sieht, daß der in Heft 1 meiner Rechtscheinsforschungen, S. 16—22 zuerst aufgewiesene, für die Rechtsgemeinschaft vorhandene tatsächliche Schein des subjektiven Rechts, m. a. W. die für die Rechtsgemeinschaft bestehende abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit (vgl. Rechtsscheinsforschungen, Heft 1, S. 33) kein unfruchtbarer Begriff ist und daß von seinen Unterarten insbesondere auch die mit vorprozessualer Rechtskraft ausgestattete und die bloß vermutungsbegründende abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit von größter Wichtigkeit für die Förderung der Rechtserkenntnis sind. Es möge gestattet sein, hierfür noch ein Beispiel aus dem modernen Recht anzuführen. Nach § 50[1] H. G. B. ist eine Beschränkung des Umfanges der Prokura Dritten gegenüber unwirksam, auch dann, wenn der Dritte die Beschränkung kannte. Soll das etwa eine gesetzliche Belohnung des bösen Glaubens sein? Sicher nicht. Der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung besteht offenbar darin, daß das Vertrauen auf den Schein

des Nichtvorhandenseins der Beschränkung geschützt werden soll. Aber für die Rechtsgemeinschaft ist, weil nach der allgemeinen Erfahrung in der Mehrzahl der Fälle das Vertrauen in concreto vorhanden ist, in abstracto der Schein, die Wahrscheinlichkeit gegeben, daß es auch wirklich in concreto vorhanden sein werde. Diese Wahrscheinlichkeit ist so stark, daß die Rechtsgemeinschaft, das Gesetz, sie mit vorprozessualer Rechtskraft bekleidet und dem Richter eine für den guten Glauben des Dritten sprechende praesumtio juris et de iure vorschreibt. Anders bei der Handlungsvollmacht, die nicht Prokura ist. (§ 54² H.G.B.) Daß ein Dritter interne Beschränkungen des präsumtiven Umfanges einer solchen Handlungsvollmacht nicht gekannt habe, ist auch hier für die Rechtsgemeinschaft wahrscheinlich. Aber diesfalls ist die abstrakte Wahrscheinlichkeit doch nicht eine derartig starke, wie im Falle der grundsätzlich mehr aufs Ganze gehenden und daher im allgemeinen das Vertrauen eines Dritten mehr herausfordernden Prokura. Deshalb hat das Gesetz bei Regelung der Handlungsvollmacht davon abgesehen, die betreffende abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit zu vorprozessualer Rechtskraft zu erheben. Es hat hier also dem Richter mit Bezug auf den guten Glauben des Dritten nicht eine praesumtio iuris et de jure, sondern nur eine praesumtio juris vorgeschrieben.

Vielleicht wird man hiernach schon etwas geneigter sein, mir Recht zu geben, wenn ich den Satz „Hand wahre Hand" und die rechte Gewere auf eine Anscheinswirkung der Gewere zurückgeführt habe.

Zur Sachgewalts-, Erscheinungs- und Anscheins-Wirkung der Gewere tritt schließlich noch hinzu

IV. Die Wahrscheinlichkeitswirkung, d. i. die Offensiv- und die Defensiv-Wirkung im Sinne Hubers.

Die letzten drei Wirkungen, die Erscheinungs-, Anscheins- und Wahrscheinlichkeitswirkung, lassen sich, und zwar, wie für das mittelalterliche, so auch für das moderne deutsche Recht, überhaupt als die Wirkungen des Rechtscheins bezeichnen, wenigstens des Rechtschein, der nach der in Heft 1 meiner Rechtscheinsforschungen (S. 23 f., 26, 30) angewandten Terminologie der konkrete tatsächliche Schein des subjektiven Rechtes ist.